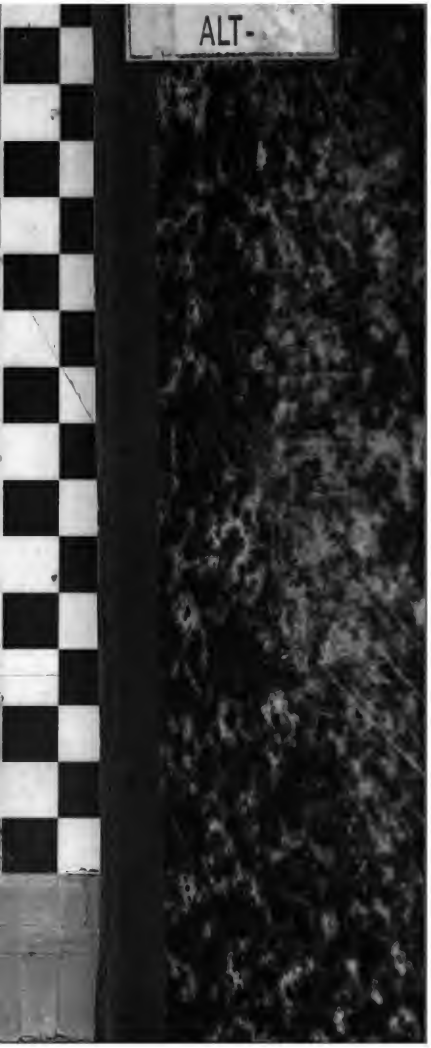
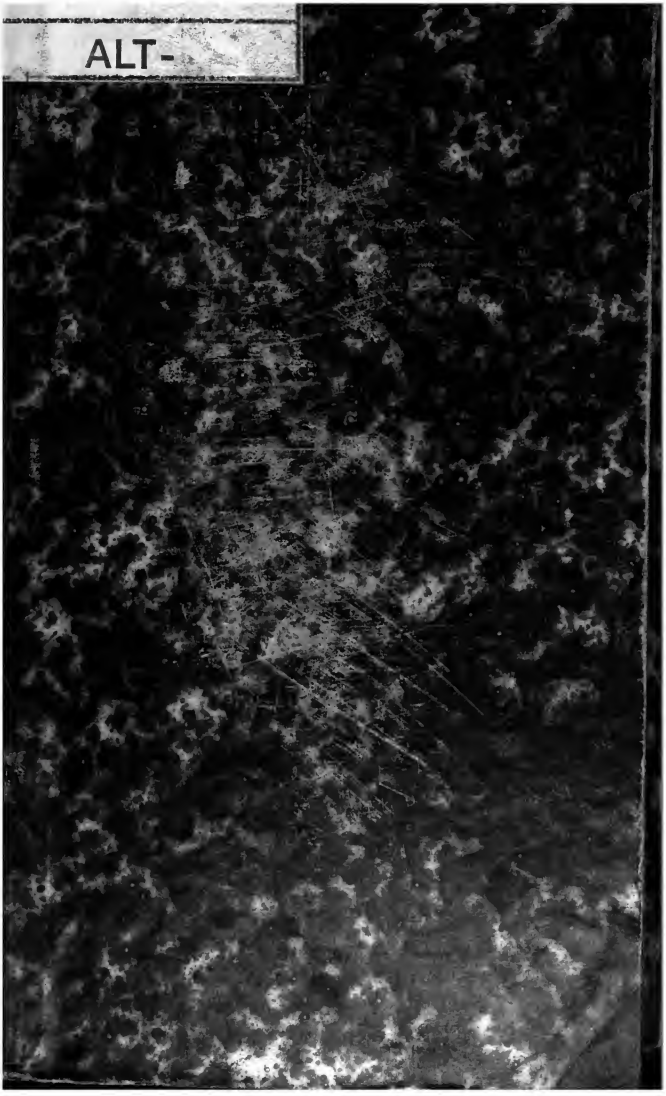
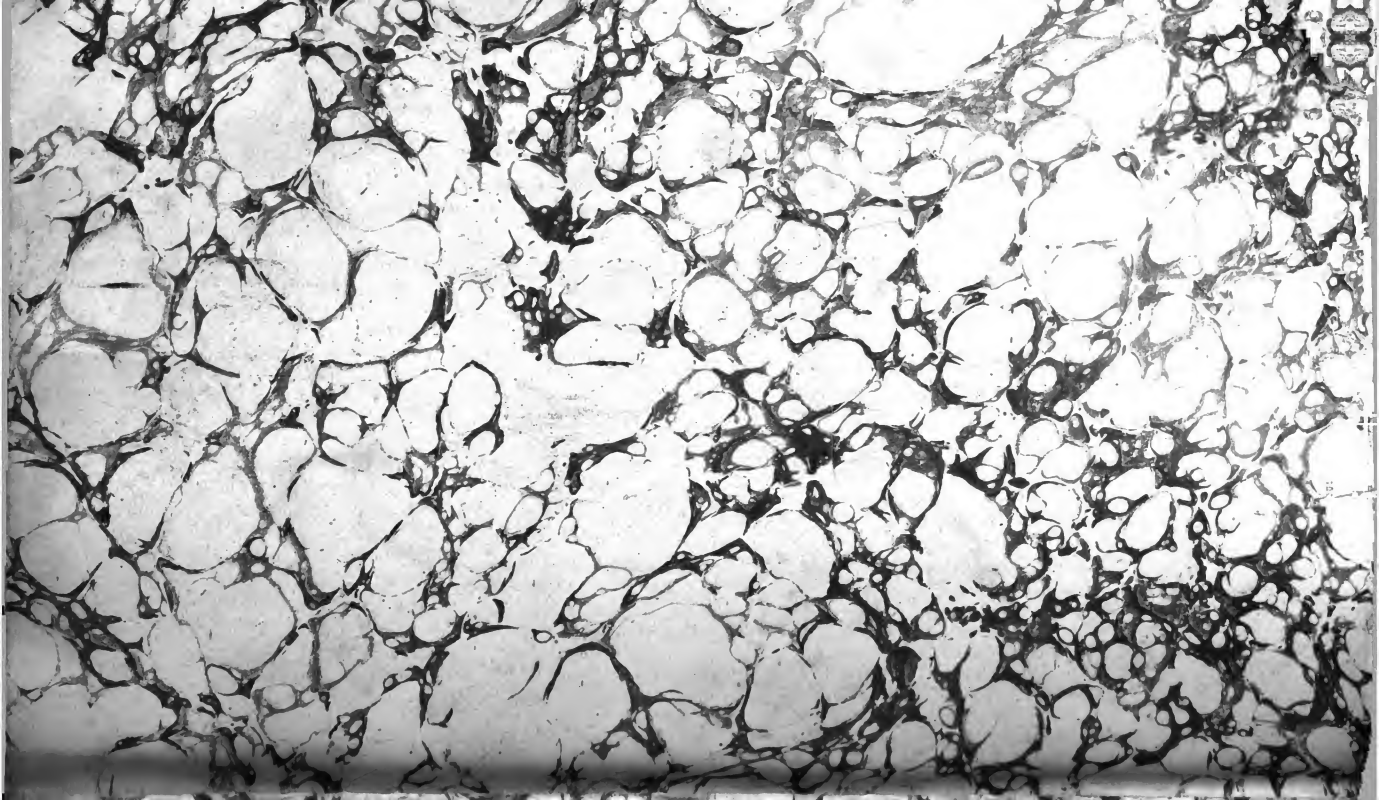
BIBLIOTHEK
.496-B
ALT-

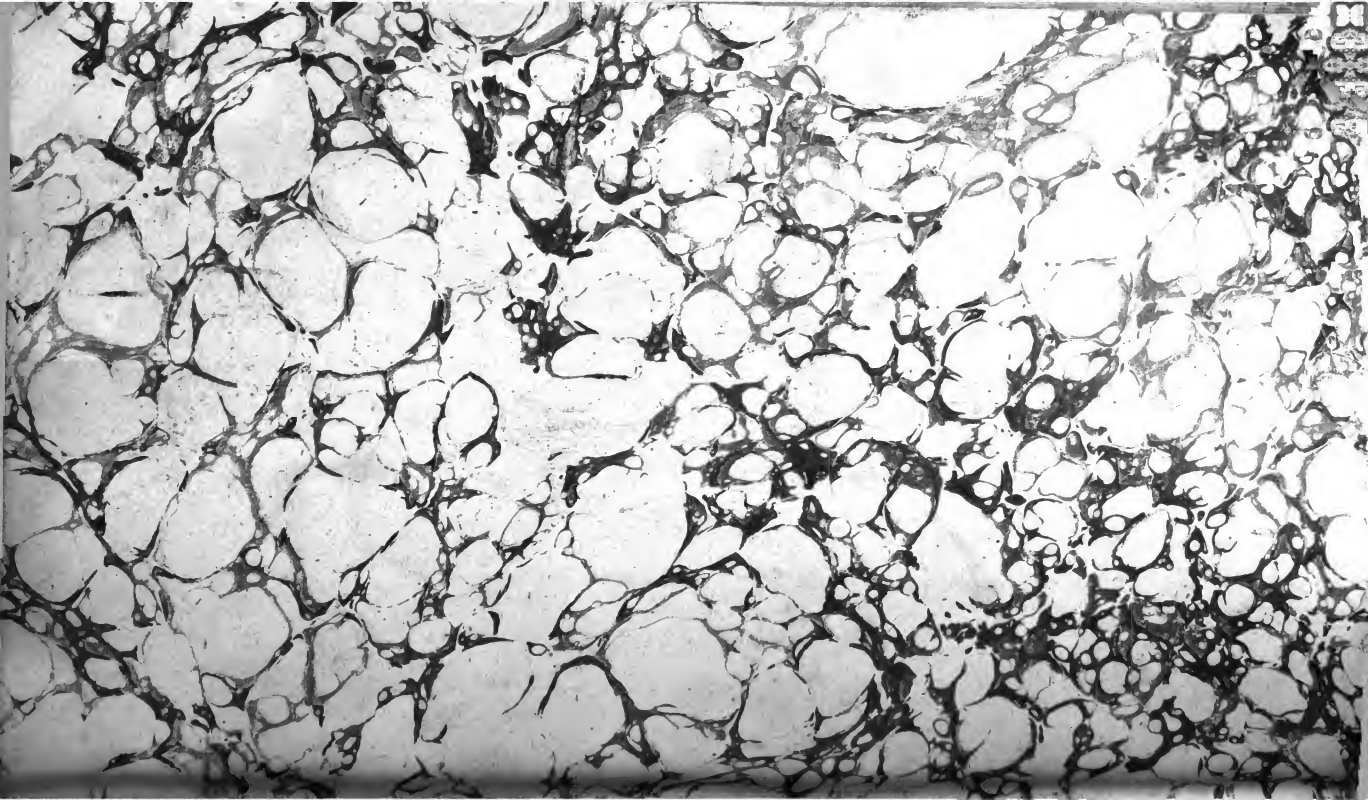

ALT-


ALT-

Ms 13. E. 38



Sl 13. E. 38



12496-E.

Die

Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,
ordentl. Professor der Rechte zu Rostock.

Zweiter Band.
Erste Abtheilung.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1848.

Meinem lieben Oheim,

Herrn

Vice-Präsidenten Leist

biete ich dies Buch

als geringes Zeichen

inniger Verehrung und Dankbarkeit.

Vorrede.

Es bedarf weniger Worte, um den vorliegenden zweiten Band, der seines Umfanges wegen in zwei Abtheilungen hat getheilt werden müssen, beim Publicum einzuführen. Ich habe dieses Werk in einer doppelten Weise fruchtbringend zu machen gestrebt. In Hinsicht auf das practische Rechtsleben bin ich darauf bedacht gewesen, wie schon der Titel andeutet, die „heutige Geltung" der bon. poss. in klares Licht zu setzen. Das Resultat ist nun vorzugsweise ein negatives, und wenn man etwa meinen sollte, daß, um zu sagen, die bon. poss. sei unpractisch, es eines so weitläuftigen Werkes nicht bedürfe, — so brauche ich darauf nur zu entgegnen, daß überhaupt die Thätigkeit derer, welche das Römische Recht bearbeiten, nicht bloß in dieser, sondern noch in vielen anderen Lehren eine wissenschaftlich aufräumende sein muß, und daß, wenn man die negative Seite beleuchtet, dadurch auch das umgekehrte Positive schärfer hervortritt. Im Uebrigen verweise ich auf das fünfte Buch, in welchem meine Ansichten über die Geltung und den Werth des Römischen Rechts für unsere Zeiten, sowie die practischen Resultate, welche sich aus der Lehre von der bon. poss. ziehen lassen, genauer entwickelt sind.

Um zu diesen Endresultaten zu gelangen, habe ich das Institut in vier weitläuftigen Büchern durch den langen Lauf vieler Jahrhunderte hin verfolgt, und es scheint ein Mißverhältniß, daß diese vier ersten Bücher, als Vorarbeiten für das fünfte, ihm gegenüber einen weit überwiegenden Raum einnehmen. Aber auch diesen Vorwurf muß ich ablehnen, indem ich in den vorhergehenden Büchern einen zweiten selbständigen Zweck verfolgt habe, der mir von fruchtbringender Art schien. Ich wollte in diesem Werke, wie der Titel sagt, nicht bloß die heutige Geltung, sondern auch die ganze „geschichtliche Entwicklung" der bon. poss. darstellen. Eine gut gestaltete Rechtswissenschaft lebt nicht bloß aus der Hand in den Mund, sie beschäftigt sich nicht lediglich mit dem, was man zum practischen Hausbedarf unumgänglich nöthig hat. Man kann, ganz abgesehen von aller directen Anwendung, auch aus den Rechtsentwicklungen eines fremden Volkes viel lernen, der Gewinn steigert sich, wenn wir es mit einer Rechtsentwicklung zu thun haben, in der bedeutende wissenschaftliche Kräfte thätig gewesen sind. Und wenn es sich endlich sogar um ein Rechtsinstitut handelt, das, freilich selbst unpractisch, doch einst mit anderen noch heutzutage geltenden Instituten in einflußreichem Zusammenhange gestanden hat, so tritt das Studium desselben aus dem Gesichtspuncte der Nützlichkeit schon wieder in den der Nothwendigkeit über, indem es zum vollen Durchschauen des heutigen Rechts gehört, daß man auch über die Bedingungen seiner Gestaltung in Klarheit sei. Aus diesen Gründen habe ich gestrebt, alle Theile und alle verschiedenen Perioden der bon. poss., so viel in meinen Kräften lag, vollständig und erschöpfend zu entwickeln. Ich habe mich für berechtigt gehalten, auch andere Lehren, sobald sie zur Erklärung der b. p. dienen oder umgekehrt die Erklärung aus

der b. p. schöpfen können, mit in den Kreis dieses Werks hineinzuziehen. Besonders mußte ich mir in dem ersten Bande eine breite weit ausgedehnte Basis schaffen, auf welcher die mehr sich concentrirenden Untersuchungen des zweiten ruhen könnten. So bietet denn diese Arbeit so ziemlich eine innere Entwicklungsgeschichte des ganzen Römischen Erbrechts, soweit es eine Universalsuccession enthält.

Ob die Resultate meiner Studien, bei denen ich nach neuen Ansichten nicht gehascht, aber mich auch vor den sich aufdrängenden nicht verschlossen habe, von Werth sind, ob ich (was mein Bestreben war) das große Quellenmaterial vollständig umfaßt, es gehörig verarbeitet und durchschaut habe, darüber steht das Urtheil Anderen zu. Ich brauche wohl kaum zu bemerken, daß je schärfer und tiefer eingehend die Critik sich äußert, um so willkommener sie mir sein wird. Dieser zweite Band erscheint zu einer Zeit, wo die politische Reorganisation Deutschlands die Aufmerksamkeit Aller, auch meine eigene, in Anspruch nimmt, und wäre er nicht vorher beendigt gewesen, so würde seine Herausgabe wohl noch längere Zeit sich verzögern. Ich lasse ihn nun dennoch, auch wenn der jetzige Augenblick wenig günstige Aufnahme verspricht, in die Welt hinausgehen, überzeugt, daß, falls die Arbeit überhaupt Werth hat, sie auch ihre Beachtung, sei es jetzt sei es später, finden wird. Aus der politischen Umgestaltung Deutschlands werden große segensreiche Folgen auch für die frischere und lebensvollere Entwicklung unseres Privatrechts hervorgehen. Daß ich rücksichtlich der bisherigen Handhabung des Römischen Rechtes in Deutschland nicht gerade in einen goldenen Kelch schaue, wird man aus dem fünften Buche genugsam ersehen. Es ist freilich schon viel vom Geiste der Römischen Juristen unter uns geredet worden, aber wenig in ihrem Geiste für Fortbildung unseres

Rechtes gethan. Auch von vielen Theilen des Erbrechts gilt dies; was aber die bon. poss. anbetrifft, so ist sie schon jetzt, wie gerade dies Buch nachweisen soll, ein abgethanes Institut, die Gründe also, welche uns trotz dem zu ihrem Studium hinführen, gelten auch fernerhin, und lassen daher auch die Herausgabe dieses Buchs im Angesichte großer Umgestaltungen unseres Rechtes als gerechtfertigt erscheinen.

Rostock den 23. Mai. 1848.

Inhaltsangabe.

Zweites Buch.

Die Erweiterungen der b. p. unter dem Prätor.

Seite

Einleitung. §. 62. 3

Erstes Kapitel.

Die suppletorischen Erweiterungen der Intestaterbfolge.

Ueber den Veranlassungsgrund im Allg. §. 63. 6

I. Bonorum possessio unde cognati.

1) Ihr Verhältniß zur Agnatenklasse. §. 64. 12

2) Ihr Verhältniß zur Gentilenklasse. §. 65. 19

3) Die Zeit ihrer Einführung. Bedingende und vernichtende Beweise. §. 66. 21

II. Bonorum possessio unde vir et uxor. §. 67. 25

Zweites Kapitel.

Erweiterungen des Notherbenrechts durch die b. p. c. t.

Einleitung.

1) Charakteristik der correctorischen Erbklassen. §. 68. . . . 28

Seite

2) Verſchiedene Anſichten über die Einführung der contra tabulas b. p. §. 69. 35

3) Anknüpfungspunkte des Civilrechts. §. 70. 41

4) Der Entſtehungsgrund der c. t. b. p. §. 71. 46

I. Die nominelle c. t. b. p.

1) Verſchiedene Anſichten. §. 72. 48

2) Das Recht des filius suus jam natus. §. 73. u. 74. . . . 54

3) Das Recht der postumi sui. §. 75. u. 76. 64

II. Das Recht der Accrescenzerben.

1) Grundprincip der c. t. b. p. §. 77. 77

2) Interpretation des fr. 1. de b. p. c. t. §. 78. 83

3) Nebeninſtitute für die sui.

a. Die missio ventris nomine. §. 79. 90

b. Das Carbonianum edictum. §. 80. . . . 98

III. Das Recht der Emancipirten. §. 81. 107

IV. Wirkungen der c. t. b. p.

1) Allgemeiner Geſichtspunkt; und die Inſtitution der extranei §. 82. 112

2) Die Enterbungen, Vormundſchaftsernennungen, Pupillarſubſtitutionen und Freiheitsertheilungen. Bedeutung der her. aditio von Seiten des scriptus heres §. 83. 120

3) Die Vermächtniſſe, und das Recht der inſtituirten conjunctae personae. §. 84. 127

V. Die abgeleitete c. t. b. p.

1) Bedeutung des commissum per al. edictum. §. 85. . . . 138

2) Das Recht der inſtituirten in adoptionem dati. Geſammtüberblick über die Subjecte der c. t. Allgemeines Urtheil über den Werth des ganzen Inſtituts. §. 86. . . . 148

VI. Das Edictum de conjungendis cum emancipato liberis. §. 87. 153

VII. Die Berückſichtigungsvorſchriften der c. t. b. p.

1) Die bedingten Einſetzungen §. 88. u. 89. und Enterbungen. §. 90. 160

Seite

2) Die Berückſichtigung der Notherben bei allen Graden.

a. Die Grundſätze bei der wahren c. t. §. 91. . . 173

b. Die Grundſätze bei der nominellen c. t. §. 92. . 179

VIII. Concurrenz der civilen und Prätoriſchen Notherben.

1) Der civile Notherbe iſt inſtituirt. §. 93. 185

2) Der civile Notherbe iſt exheredirt. §. 94. 191

3) Der civile Notherbe iſt präterirt.

a. Die Grundſätze des Prätoriſchen Rechts, und die ferneren ſtreitigen Entwicklungen der Römiſchen Jurisprudenz. §. 95. 194

b. Unterſcheidung der drei Fälle des präterirten, exheredirten und inſtituirten Prätoriſchen Notherben. §. 96. 203

IX. Bedingende und vernichtende Beweiſe bei der c. t. b. p. §. 97. u. 98. 208

Drittes Kapitel.

Die hiſtoriſchen Veranlaſſungsgründe und Folgen der c. t. b. p.

Einleitung. §. 99. 219

I. Das Recht der postumi sui.

1) Die Ausdehnung der lex Junia Velleja auf die juriſtiſchen postumi. §. 100. 220

2) Einführungszeit der lex Junia Velleja und der c. t. b. p. §. 101. 230

3) Die Entſtehung der Präteritionsregel über namentliche Exherebation der sui virilis sexus. §. 102. 233

II. Die bon. poss. unde liberi. §. 103. 243

Viertes Kapitel.

Veränderungen der sec. tab. b. p. in der klaſſiſchen Juriſtenzeit.

Allgemeiner Geſichtspunkt. §. 104. 250

Seite

I. Die Prätoriſchen Veränderungen.

1) Die Bedeutung der neuen Prätoriſchen Regel und ihr Verhältniß zum Rechte der Civilerben. §. 105. 254

2) Die einzelnen Fälle der civilrechtlich ungültigen vom Prätor aufrechterhaltenen Teſtamente.

a. test. ab initio non jure factum. §. 106. . . . 263

b. test. jure factum, postea irritum factum. §. 107. 270

c. test. jure factum, postea ruptum. §. 108. . . 274

d. Aufrechthaltung des Teſt. in Folge des Abſtinirens eines präterirten suus. §. 109. 279

II. Die kaiſerlichen Reſcripte.

1) Das testamentum posterius imperfectum.
2) Das testamentum ruptum. . . . . } §. 110. . . . 282

3) Das Reſcript Mark Aurels über das non jure factum test. §. 111. (Am Ende des § (S. 295.) Rückblick auf das ganze Syſtem der Prätoriſchen Klaſſen). 292

Fünftes Kapitel.

Delation und Acquiſition der b. p.

I. Die Handhabung der Agnitionsfriſten. §. 112. 299

II. Die Feſtſtellung der zur Agnition gehörigen Vorausſetzungen. §. 113. (Hiebei von der b. p. decretalis.). 308

III. Verhältniß des successorium edictum zum jus deliberandi. §. 114. 319

Zweites Buch.

Die Erweiterungen der bonorum possessio unter dem Prätor.

Einleitung.

§. 62. In dem ersten Buche dieses Werks ist die ursprüngliche Gestalt der **bonorum possessio** dargestellt worden. Der Begriff, welcher ihr von Anfang an zum Grunde lag, bestand auch noch zur Zeit der klassischen Juristen. Nur an Umfang hat das Institut nach und nach wesentlich zugenommen, ohne dadurch seinen bisherigen Begriff zu verlieren. Wir könnten uns, wie schon im ersten Bande hervorgehoben ist, diese Erweiterungen ganz wegdenken, ohne daß damit die ganze **b. p.** geläugnet werde; es sind also Institute, die ihre eigenen Veranlassungsgründe haben, welche nicht zugleich den Entstehungsgrund der gesammten **b. p.** enthalten. Die Darstellung aller dieser zu der ursprünglichen Gestalt der **b. p.** hinzugetretenen Bestandtheile wird uns in diesem zweiten Buche beschäftigen. Wir haben den eigenthümlichen Ursachen eines jeden nachzuforschen, indem uns dies in doppelter Hinsicht Nutzen gewährt. Einestheils wird dadurch unser Beweis über die Entstehung der ursprünglichen **b. p.** vervollständigt, indem, wenn wir wissen, daß einzelne Theile ihre eigenthümliche Veranlassung gehabt haben, damit die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß aus ihnen die Entstehung des Ganzen abgeleitet werden könnte. Anderntheils aber dienen diese besondern Veranlassungsgründe zur Erfassung des inneren Wesens der neu hinzutretenden Lehren selbst. Und dies zu erkennen, und gehörig zu verstehen, wie sich die hinzukommenden Institute an den eigentlichen Kern des ganzen Systems der **b. p.** angeschlossen haben, ist ja hier unsere Hauptaufgabe.

Alle dieſe jetzt darzuſtellenden Theile unſerer Lehre ſind entſtanden zu einer Zeit, wo noch der Prätor ſelbſtthätig die Erbſchaftsangelegenheiten mittelſt der im Edict aufgeſtellten Sätze regulirte, ſie ſind auch meiſt durch den Prätor ſelbſt entſtanden. Die Zeit, in der ſie geſchaffen wurden, iſt die Blüthe der Römiſchen Jurisprudenz, wir haben hier alſo ſchon von vorn herein ſcharfe, conſequente, und bewußte Rechtsbildungen zu erwarten.

Der vor uns liegende Stoff zerlegt ſich nun in fünf Kapitel. Die kleine Zahl der Erbklaſſen, welche der Prätor dem Civilrechte entlehnt hatte, **sec. tab.** — und **ab intestato** die drei legitimen Klaſſen der **sui — agnati — gentiles** (**confirmandi juris civ. gr.**) [1]), wurde zuerſt dadurch vervollſtändigt, daß man hinter ihnen zwei neue Erbklaſſen **unde cognati** und **unde vir et uxor** aufſtellte (**supplendi jur. civ. gratia**). Kap. I. — Es wurde dann ſogar eine Klaſſe geſchaffen, die allen, auch der **sec. tab.** vorgehen ſollte. Dieſe **contra tabulas b. p.** iſt freilich nur auf einen an und für ſich engen Kreis berechnet, nämlich auf die Beerbung eines Hausvaters, der ſeine Kinder nicht gehörig berückſichtigt hat. Aber dafür iſt es ein deſto exorbitanteres Recht, welches der weitläuftigen Unterſuchung in Bezug auf ſein inneres Weſen und ſeine Entſtehungsgründe bedarf. Kap. II. — Dieſe **contra tabulas b. p.** iſt dann noch, abgeſehen von der auf ſie ſelbſt gerichteten Prüfung, in ihrem Verhältniß zu anderen Inſtituten des Erbrechts ins Auge zu faſſen. Dies ſind theils ſolche, die beſondere Gründe zur Erklärung der **c. t. b. p.** ſelbſt darbieten, theils wieder aus dieſer ihre Erklärung ſchöpfen. Letzteres iſt die **b. p. unde liberi**, welche ebenſo wie die **c. t.** eine **corrigendi juris civilis gratia** proponirte Klaſſe heißt, und zwiſchen der **sec. tabulas** und der erſten Klaſſe der **legitimi** eingeſchoben wurde. Kap. III. — Zuletzt ſind noch die Umgeſtaltungen der **sec. tabulas b. p.** darzuſtellen, welche dieſer Klaſſe, die urſprünglich rein **confirmandi jur. civ. gratia** aufgeſtellt worden war, in gewiſſen Ausnahmsfällen den Charakter einer **supplendi**, ja ſpäter ſo-

1) §. 1. I. de b. p.

gar in Folge kaiserlicher Einwirkung einer **corrigendi causa** gegebenen ertheilte. Kap. IV. — Nachdem wir so den Ueberblick über das ganze Prätorische System gewonnen haben werden, sind die Grundsätze zu prüfen, nach welchen diese einzelnen Klassen vom Prätor gehandhabt wurden, also die Delation und Acquisition der b. p. so wie die Rückwirkungen, welche diese Prätorischen Grundsätze wieder auf das Civilrecht äußerten. Kap. V.

Erst wenn wir so das ganze Gebiet des Prätorischen Erbrechts in der klassischen Jurisprudenz durchmessen haben werden, läßt sich weiter untersuchen, was sich mit denselben in den späteren Zeiten zugetragen hat, wo kein Prätor, keine Juristen mehr vorhanden waren, welche so wie bisher die Träger und Stützen der von ihnen geschaffenen Lehre hätten sein können.

Erſtes Kapitel.

Die ſuppletoriſchen Erweiterungen der Inteſtaterbfolge.

§. 63. Es finden ſich unter den Inteſtat-Delationsgründen mehre Klaſſen, die ſich nur auf Prätoriſche Jurisdiction gründen. Dahin gehört das Erbrecht der Emancipirten, der Cognaten, und der Ehegatten. Weil indeß das Erſtere weſentlich mit den Prätoriſchen Neuerungen im Notherbenrecht zuſammenhängt, ſo werden wir uns in dieſem erſten Kapitel nur mit den letzteren beiden Punkten zu beſchäftigen haben.

Ein einziger Blick auf das alte Civilrecht zeigt uns die große Beſchränktheit der zur Erbfolge berufenen Klaſſen. Haben wir es nun als die Entſtehungsurſache der **b. p.** erkannt, daß das öffentliche Intereſſe dem Prätor die Pflicht auflegte, für die Conſtituirung eines Repräſentanten des **heres** zu ſorgen, ſo werden wir zugleich einſehen, daß durch Einführung der **successio** unter den *civilrechtlichen* **ordines** jenes Bedürfniß, dem man um der **sacra** und Gläubiger willen abhelfen mußte, nur erſt dürftig befriedigt worden war. Sehr leicht konnten die Friſten der **b. p.** ſämmtlich unbenutzt verſtrichen ſein. Wenn kein Teſtament, und keine **sui** vorhanden waren, dagegen wohl eine große Zahl von hinter einander ſtehenden Agnaten und von Gentilen, ſo kam doch Alles, wie ich im erſten Bande (S. 211) nachgewieſen zu haben glaube, lediglich auf die Agnition des **proximus agnatus** an. Dieſer

stand einer ferneren Delation der **b. p.** an die übrigen Agnaten, und Letztere wieder einer weiteren Berufung der Gentilen entgegen. Die Güter waren, wenn der **proximus agnatus** nicht antrat, nach civilem wie Prätorischem Rechte erblos.

Dasselbe Bedürfniß, welches die **b. p.** hervorgerufen hatte, mußte also auch fortwirken, um eine Vervollständigung derselben herbeizuführen. Was lag näher, als daß der Prätor mit der Zeit darauf kam, neue **ordines** hinter den alten aufzustellen, worin er nach vergeblich verstrichenen Fristen Personen zur Successsion berief, die freilich nach Civilrecht nie Erben werden konnten, die aber doch werth waren, um der **sacra** und **creditores** willen und überhaupt auch wegen ihres eigenen nahen Verhältnisses zum Erblasser, so lange **loco heredis** constituirt zu werden, bis etwa der wahre **heres** sein Recht in Anspruch nehmen würde?

Das Wesen der **b. p.** ist fingirte Universalsuccession. Der erste Schritt, und der offenbar am nächsten liegende war doch, daß man diejenigen als **heredes** fingirte, welche es freilich nach Civilrecht nicht waren, aber es gewesen sein würden, wenn ihnen nicht eine frühere Klasse im Wege stände. Der zweite Schritt ist jetzt, daß man Personen ruft, welche nicht bloß im vorliegenden Fall, sondern überhaupt nie **heredes** sein können. Beide Schritte hat der Prätor gethan, so viel ist gewiß, und so kann denn auch nach ihrer inneren Bedeutung kaum ein Bedenken statt finden, daß er den zweiten Schritt nicht vor dem ersten gemacht haben werde. Der Begriff des fingirten Erbrechts lag doch bei denen am Nächsten, welche wirklich **in abstracto**, und nur nicht im einzelnen concreten Fall Erbrecht haben. Als dies vorlag, konnte man daran auch Andere anknüpfen, welche selbst **in abstracto** kein Civilerbrecht hatten. Wollten wir uns aber den ersten Schritt hinwegdenken, so fehlt ganz die Brücke, um uns in natürlicher Weise den zweiten zu erklären.

Savigny hat in der That diese Ansicht aufgestellt [1]), und ich muß hier noch genauer auf dieselbe eingehen, während schon aus dem ersten Bande genügend hervorgegangen

1) Zeitschrift für gesch. R. W. V. S. 14.

sein wird, daß ich derselben nicht beitreten kann. Es soll demnach in der Aufstellung neuer **ordines** zu Gunsten gewisser vom Civilrecht nicht berücksichtigter Personen (also Emancipirte, Cognaten, Ehegatten) der Ursprung der ganzen **b. p.** zu finden sein. Wir können, obgleich hier von den Emancipirten [2] noch nicht die Rede ist, doch schon die allgemeinen Gründe zusammenstellen, welche dieser Auffassung entgegenstehen. — Beweise aus den Quellen lassen sich für dieselbe nicht vorbringen. Es kommt also nur auf die innere Wahrscheinlichkeit an, mit der aus ihr das ganze System der **b. p.** erklärt werden kann. Dazu aber ist sie, wie mich dünkt, nicht geeignet.

1. Es läßt sich die Annahme, daß der Prätor, um gewissen Personen das Vermögen zuzuwenden, die **b. p.** eingeführt habe, gar nicht wohl vereinigen mit seiner Bestimmung, die er doch entschieden auch getroffen hat, daß namentlich unter den civilrechtlichen **ordines** eine **successio** statt finden solle [2a]). Wollte er Cognaten und Ehegatten rufen, so hatte er doch genügende Rücksicht auf das Civilrecht genommen, wenn er edicirte: »Falls der **heres** nicht auftritt in bestimmter Zeit, soll der Cognat gerufen werden.« Wie soll es sich erklären lassen, daß der Prätor nun doch unter den civilrechtlichen **ordines** eine Reihenfolge machte, also wenn der **heres** in der ersten Klasse stand, erst noch die übrigen **ordines**, die das Civilrecht ja gar nicht rief, den Cognaten und Ehegatten, um derentwillen das ganze Institut hervorgerufen wäre, vorausstellte? Wenn ein **suus** vorhanden war, warum noch erst die Agnaten hinterdrein rufen, wenn man doch eigentlich den Cognaten das Vermögen zuwenden wollte, — warum seinem Zwecke selbst Hindernisse in den Weg stellen, wozu das Civil-

---

2) Daß nämlich höchstens die Cognaten und Ehegatten, nicht aber die Emancipirten zur Erklärung des Ursprungs der b. p. benutzt werden können, wird aus der Darstellung des zweiten und dritten Kapitels hervorgehen, wo es nachzuweisen ist, daß der c. t. und unde **liberi** b. p. ganz eigenthümliche Entstehungsursachen zum Grunde liegen.

2a) S. besonders **Gai. III.** 37 und überhaupt das Bd. I. Einl. S. XV. Gesagte; s. ferner unten §. 66. Note 2 und §. 68. Note 2.

recht gar keine Veranlassung gab, und wodurch der Zweck in sehr vielen Fällen ganz unerreicht bleiben mußte?

Man kann nicht einwenden, die successiven Fristbestimmungen für die civilrechtlichen Erben seien nothwendig gewesen, um zu wissen, daß kein **heres** vorhanden wäre, in dessen Ermangelung nun die Cognaten das Vermögen erhalten sollten. Ein so unzureichendes, ja sogar dem Zweck entgegenstehendes Mittel würde doch der Prätor wahrlich nicht gewählt haben. Man sieht so deutlich, daß den **heredes** nicht deßhalb eine Frist gesetzt wird, um wirklich mit Sicherheit zu erfahren, ob Civilerben vorhanden seien, sondern nur um einen genügenden Grund zu haben, ihr Nichtvorhandensein *präsumiren* zu dürfen [3]). Also den Zweck, den Cognaten dauernd das Vermögen zu verschaffen, können wir nicht als das Vorherrschende betrachten, der Prätor hätte vielmehr um dieses Zweckes willen dem säumigen **heres**, ebenso wie er es beim **spatium deliberandi** that, die Klagen nach Ablauf der Frist denegiren müssen, während doch in der That der **heres** noch immer die **b. p.** des Cognaten zur **sine re** machen konnte. Und ferner würde jener Zweck auch nur dahin geführt haben, lediglich dem vom Civilrecht gleichviel in welcher Klasse gerufenen **heres** eine Frist zu setzen, der Prätor hätte ediciren müssen, wenn dieser **heres**, sei es nun ein **scriptus** oder einer aus den drei Intestatklassen, nicht in bestimmter Frist anträte, so sollten gleich die Cognaten und dann die Ehegatten gerufen werden. Dadurch aber, daß man nun hinter diesem **heres** noch die anderen Civilklassen, die beim Vorhandensein einer früheren Klasse nicht **heredes** waren, rief, wurde es um nichts sicherer, ob der wahre **heres** die Erbschaft haben wollte, und es entstand nun umgekehrt die Möglichkeit, daß zwischen den **heres** und den Cognaten sich andere Personen stellten, welche ohne **heredes** zu sein, den Zweck des Prätors, in Ermangelung des **heres** die Cognaten zu rufen, vereitelt hätten. Und ein solches Institut, das ganz andere Resultate hervorbrachte, als man beabsichtigte, kann man doch den Römern nicht zutrauen.

---

3) **Fr. 1. §. 10. de succ. ed.**

Hieraus folgt, daß die von Savigny aufgeſtellte Vorausſetzung, welche der Entſtehungsgrund der **b. p.** geweſen ſein ſoll, mit der vom Prätor eingeführten **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** im Widerſpruch ſteht, daß alſo, wenn jene richtig wäre, wir unmöglich dieſe im Römiſchen Rechte finden dürften. Und daran ändert es nichts, ob wir uns dieſe **ordinum successio** unter den **legitimi** gleich anfangs mit der Cognatenklaſſe eingeführt, oder ſie erſt ſpäter hinzugekommen denken wollten.

Ganz anders aber ſtellt ſich die Sache, wenn wir den hiſtoriſchen Verlauf umgekehrt anordnen; d. h. das **successorium edictum** unter den Civilklaſſen als das frühere ſchon ſelbſtändig Beſtehende annehmen, an das ſich dann die Klaſſe der Cognaten und Ehegatten freilich ſehr natürlich anknüpfte. Wir ſprechen hier ja bloß von der *inneren Wahrſcheinlichkeit*, und ich ſehe ganz ab von den beſonderen Beweiſen, welche ich für die urſprüngliche Geſtalt des **successorium edictum** ſchon vorgebracht habe, und anderntheils für die ſingulären Entſtehungsgründe der ſuppletoriſchen und correctoriſchen Erbklaſſen noch vorbringen werde. Nach dieſer inneren Wahrſcheinlichkeit aber charakteriſirt ſich doch gleich, wie ich vorher ſchon ausführte, die **successio** unter den Civilklaſſen als der erſte, die Aufſtellung neuer **ordines** als der zweite Schritt.

2. Aber ich kann auch das nicht einmal zugeben, daß, angenommen die **b. p.** beſtand ſchon als **successorium edictum** für **scripti** und **legitimi**, die *Hinzufügung* der Cognaten und Ehegatten lediglich aus dem Intereſſe dieſer hier gerufenen Perſonen zu erklären ſei. Auch dann noch hätte die **b. p.** anders geſtaltet werden müſſen, der Prätor würde mit dem Ablauf der den Civilklaſſen angeſetzten Friſten, eine Denegation der **her. pet.** alſo eine Ausſchließung der **b. p. sine re** verbunden haben [4]). Der eigentliche Grund, welcher dieſe

4) *Wenn* überhaupt der Prätor die fragliche Abſicht gehabt hätte, ſo würde er das angegebene Mittel ganz unbedenklich haben anwenden können. Durfte er doch ſogar einem unter *caſueller* Bedingung eingeſetzten Erben, wegen des Intereſſes der Creditoren, eine Deliberationsfriſt ſetzen, nach deren Ablauf, wenn auch die Bedingung

Klassen hervorrief, war derselbe, der die **b. p.** überhaupt erzeugte, das Interesse der Creditoren. Da das Civilrecht so wenige Klassen darbot, so mußten neue gemacht werden, die den Gläubigern gegenübertraten, wenn der **heres** säumig oder gar nicht vorhanden war. In so weit kommt das eigene Interesse der Gerufenen noch gar nicht in Betracht. — Daß dieß so sei, beweist sich eben schon aus der Gestalt dieser **b. p. unde cognati** und **vir et uxor**, bei denen man ganz so wie bisher den Satz bestehen ließ, auch der säumige **heres** könne ihnen noch immer die Erbschaft wieder abfordern. In diesem Fall also hatten sie nichts als Weitläuftigkeiten und keinen Vortheil von der Agnition der **b. p.** gehabt.

Daß man neuer Klassen bedurfte, erklärt sich aus dem Interesse der Gläubiger; daß man nun aber in die neu aufzustellenden Klassen gerade die Personen rief, welche wir hier finden, das rechtfertigt sich allerdings sehr natürlich aus ihrem nahen Verhältniß zum Erblasser, in Folge dessen sie die Nächsten waren, denen man, falls der **heres** die **her. pet.** nicht anstellen wollte, das Behalten der **bona** gönnen konnte. — Es wird sich dies, wie wir sehen werden, nachher noch genauer beweisen lassen.

3. Auch dem materiellen Begriff, welchen Savigny für die den Cognaten ꝛc. gegebene **b. p.** construirt, kann ich nicht beistimmen. Der Prätor habe für die von ihm Gerufenen in Bezug auf die obligatorischen Verhältnisse **fictitiae actiones** aufgestellt; rücksichtlich des Eigenthums habe er ihm das Recht der **pro her. usucapio** verliehen, und zum Beginn dieser Usucapion das **Int. quor. bon.** [5]). Als aber das Recht des natürlichen Eigenthums (**in bonis**) in der Folge aufgekommen, sei dies natürlicher Weise auch dem **b. possessor** eingeräumt worden, so daß man nun immer mehr die **b. p.** als ein der **hereditas** gleichartiges Recht ansehen konnte.

---

noch gar nicht eingetreten, also der **heres** ganz ohne Schuld war, das Vermögen den Creditoren überwiesen wurde. **Fr. 23. §. 2. de her. inst.**

5) Ich bemerke hiergegen nichts weiter, mich auf die Darstellung dieser Punkte im ersten Bande berufend. S. auch namentlich Einleitung S. **XXVI.** Not. **14.**

Wenn die **b. p.** der Cognaten **cum re** war, so enthielt sie allerdings ein der **hereditas** materiell gleiches Recht, aber gerade weil dies keineswegs im Voraus sicher ist, weil dem **heres** die **her. pet.** gegen die suppletorischen Erbklassen nicht denegirt wird, so war doch durch dieselben eine Umgestaltung des ursprünglichen Begriffs der **b. p.** nicht möglich. Dies definitive Erbewerden ist auch zur Zeit der klassischen Juristen, trotz der damals schon vollkommen ausgebildeten correctorischen und suppletorischen Klassen, noch immer kein wesentliches Requisit der **b. p.**, während es allerdings ein nothwendiger Bestandtheil im Begriff der **hereditas** ist. Die Juristen behandeln die **b. p.** noch immer als das, was die Worte buchstäblich sagen: Besitz des Erbrechts. Ob dieser Besitz dauernden **effectus** haben werde oder nicht, ist eine weitere Unterscheidung, die an und für sich im Begriff der **b. p.** noch nicht enthalten ist [6]). Was daher als weiteres Ergebniß der **b. p. cum re** erscheint, und dahin gehört ja namentlich, daß sie das **in bonis** gewähre, das afficirt das Wesen der **b. p.** nicht. So kommt es, daß wenn wir sie freilich von Anfang an als eine Universalsuccession anzusehen haben, wir sie doch auch in der Blüthe der Jurisprudenz noch nicht als ein der **hereditas** materiell gleichartiges Recht auffassen dürfen. Dies wird noch deutlicher werden, wenn wir dem die Umgestaltung der **b. p.** in der späteren Kaiserzeit gegenüberstellen, weßhalb ich hier auf die im folgenden Buche zu gebenden Entwicklungen verweisen kann.

§. 64. Nach diesen Vorbemerkungen haben wir genauer auf die Quellen einzugehen, und daraus den Entstehungsgrund der Cognaten- und der Ehegattenklasse zu rechtfertigen. Aus **Ulpian in fr. 1. pr. unde cogn.** und **fr. un. unde vir et uxor** ist darüber nichts zu schöpfen, wohl aber aus **Gaius III. 33.**, dessen hier nicht ganz leserliche Worte wir wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen ergänzen dürfen.

---

6) Ulpian **XXVIII. 12. 13.** sondert in diesen beiden Paragraphen genau den eigentlichen Begriff der b. p. und die Eintheilung in **cum** und **sine re**. Letztere ist ebensosehr eine wahre **b. p.** wie die Erstere.

Nachdem er vorher von dem **ordo unde liberi**, so wie den nach Civilrecht von der Agnatenklasse Ausgeschlossenen gesprochen, und den Begriff der **b. p.** ähnlich wie Ulpian **XXVIII. 12.** angegeben hat, fährt er mit wenigstens theilweiser Beziehung auf die Klassen, von denen hier die Rede ist [1]), so fort:

> **Adhuc autem alios complures gradus praetor facit in bonorum possessione danda, dum id agit, ne quis sine successore moriatur.**

Gaius giebt hier sehr deutlich an, daß der Hauptzweck der ganz neu vom Prätor eingeführten **ordines** nicht die Befriedigung bisher vernachlässigter Personen gewesen sei, sondern gerade das, was wir überhaupt als Entstehung der **b. p.** erkannt haben. Der Prätor mußte es sich angelegen sein lassen, daß Niemand **sine successore** stürbe. Es ist dies eine durch das öffentliche Interesse gebotene Rücksicht, hinter welche das der hier gerufenen Personen so sehr zurücktritt, daß Gaius Letzteres gar nicht erwähnt. Auch sieht man, daß er die von ihm hervorgehobene Absicht des Prätors gar nicht bloß auf die Klassen bezieht, an die er gerade denkt. Er sagt nur, daß sie sich *auch* bei diesen zeige, und wir können daher seine Worte auch so umstellen: **in danda bonorum possessione praetor id agit, ne quis sine successore moriatur, quare *etiam* alios complures gradus facit.** Dies bestätigt also vollkommen das schon im ersten Bande über den Ursprung der **b. p.** Gesagte.

Wenn nun aber auch Gaius sich hier gar nicht darauf einläßt, die neuen Klassen daraus zu erklären, daß es billig gewesen sei, gewisse dem Civilrecht unbekannte Personen zu rufen, so können wir dennoch nicht zweifeln, daß die innere Gestaltung dieser Klassen, welche schon das Interesse der Creditoren forderte, ganz nach der **naturalis aequitas** eingerichtet sein wird. Man rief darin diejenigen, welche die natürliche Rechtsanschauung der damaligen Zeit in Ermangelung der Civilklassen dem Erblasser am nächsten stellte [2]). Wie und zu

---

1) Gaius denkt auch gewiß noch an die besonderen Klassen beim Tode eines Freigelassenen.

2) Und die auch bisher wohl meistens schon, wenn die heredes gegen

welcher Zeit die Römer hiezu gelangten, ist jetzt im Einzelnen nachzuweisen.

1. Die b. p. unde cognati.

Die Engigkeit und Unbeholfenheit, mit der das alte Civilrecht den drei Intestatklassen deferirte, war zu bedeutend, als daß nicht mit der Zeit den Römern selbst eine Abänderung wünschenswerth erscheinen mußte. Neuere Schriftsteller haben nun, wie Bd. I. S. 206 angegeben ist, die erste Aenderung darin gesucht, daß auch schon nach Civilrecht eine successio der Gentilen auf die Agnatenklasse eingeführt worden sei, und diejenigen, welche dies behaupten, werden jedenfalls meinen, daß dies dann auch der Prätor anerkannt habe.

Wenn man mir nun vielleicht zugeben wird, daß jedenfalls im Civilrecht diese Rechtsänderung nicht zu finden ist [3]), so wird man doch, wie ich vermuthe, geneigt sein, sie wenigstens dem Prätorischen Rechte zuzuschreiben. Und allerdings ist auch daran, wie ich schon oben hervorgehoben habe, in soweit nicht zu zweifeln, daß, wenn nur Agnaten eines Grades vorhanden waren, und die b. p. nicht erbaten, diese nun den Gentilen deferirt wurde. Falls aber zwischen den proximi agnati und den Gentilen entferntere Agnaten standen, scheint mir eine Berufung der Gentilen auch nach dem Prätorischen

---

sie nicht auftraten, durch eigenmächtige Besitzergreifung und pro herede usucapio zur Erbschaft gelangten. Diese Berücksichtigung der aequitas wird von Cicero Or. part. c. 28 ausdrücklich hervorgehoben: aut quum hereditatis, sine lege (d. h. welche keine b. p. unde legitimi ist) aut sine testamento, petitur possessio, in quibus causis quid aequius aequissimumve sit, quaeritur; quas ad causas facultas petitur argumentationum ex iis, de quibus mox dicetur, aequitatis locis.

3) Für die Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich auch noch die Collatio XVI. 3. §. 3. anführen: Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentilibus deferebatur. Das aliquando kann ehemals, aber auch zuweilen heißen. In letzterem Falle bedeutete es also, daß Gentilen vorhanden sein, und doch nicht immer heredes werden konnten.

Edicte unmöglich. An die Gründe, womit ich dies bereits im ersten Bande bewiesen zu haben glaube, knüpfe ich hier an, indem gerade die eigenthümlichen Veranlassungsursachen, welche uns für die neu aufgestellten **ordines** in den Quellen mitgetheilt werden, einen neuen Beweis für jenen Satz enthalten, ja, wie mir scheint, ohne denselben gar nicht recht verständlich sein würden.

Man könnte nämlich (und ich gehe wohl nicht zu weit, wenn ich diesen Gedanken bei den meisten neueren Schriftstellern voraussetze) die Entstehung der **b. p. unde cognati** folgendermaßen rechtfertigen wollen. Dem Prätor sei es unpassend vorgekommen, daß das bisherige Intestat-Erbrecht auf Agnation basirt worden sei [4]), er habe demselben deßhalb ein ganz neues Princip substituiren wollen, die Cognation. Freilich habe er das bisherige Civilrecht nicht vernichten können, und so wäre sein neues Princip nur suppletorisch demselben angefügt worden. — Zu dieser Ansicht paßt aber gar nicht recht die frühe Zeit, in die, wie wir sehen werden, die **b. p. unde cognati** bereits zu setzen ist, und in der die Agnation noch so sehr fest in der Römischen Rechtsansicht wurzelte, es paßt ferner nicht, daß eben diese Klasse nur suppletorisch an das civile System angefügt wurde. Wenn die damalige Zeit die Agnation schon für so unpassend gehalten hätte, das Erbrecht darauf zu bauen, so würde der Prätor, das natürliche Organ der Volksansichten, leicht Mittel und Wege haben finden können, um correctorisch gegen das Civilrecht aufzutreten. Es würde uns endlich, wenn die Absicht des Prätors gleich von vorn herein auf ein neues System des Erbrechts ging, wundern müssen, daß innerhalb des großen Kreises der Cognaten nicht noch wieder mehre Klassen unterschieden worden wären, während doch **parentes**, **liberi**, und Seitenverwandten, deren verschiedene Stellung die Römer sehr wohl

4) Auch die Gentilen sind ja fingirte Agnaten, durch einen sagenhaften Stammvater als den pater familias zusammengehalten. Und so stehen ihnen, wenn wahre Agnation sich nicht beweisen läßt, von selbst die Agnatenrechte zu.

zu unterscheiden wissen, lediglich nach der Gradesnähe durcheinander geworfen sind [5]).

Schon dies führt uns auf die Vermuthung, daß die Cognatenklasse einen singulären Entstehungsgrund gehabt haben werde. Und dieser läßt sich nun auch, wie mich däucht, mit ziemlicher Sicherheit nachweisen.

Wenn den Römern es auffallen mußte, daß, sobald hinter einem **proximus agnatus** noch entferntere Agnaten und außerdem Gentilen vorhanden waren, Beide von der Erbschaft ausgeschlossen sein sollten, — so konnten sie doch wohl nicht zweifelhaft sein, wem von Beiden bei einer vorzunehmenden Rechtsänderung der Vorzug gebühre. Man mußte zuerst darauf denken die übrigen Agnaten zuzulassen, war aber diesen geholfen, so war damit schon genügend für einen **successor** des Verstorbenen gesorgt, und man brauchte nicht auch noch den Gentilen mehr Recht zu geben, als sie nach den 12 Tafeln hatten, da ja dieß Verhältniß in der damaligen Zeit schon sehr untergeordnete Bedeutung hatte.

Also den ferneren Agnaten mußte, das war ein der Römischen Anschauung nahe liegender Punkt, die Möglichkeit gegeben werden, zur Erbschaft zu gelangen. Aber im **ordo unde legitimi** eine **graduum successio** einführen, das war wiederum etwas den Römischen Ideen völlig Widersprechendes. Jemanden als **legitimus** rufen, und doch die Regeln der **lex** hintansetzen, schien nun einmal nicht möglich. Mogten auch spätere Juristen sich darüber hinwegsetzen wollen, die Prätorische Praxis ist es nie geworden [6]), und in der Zeit, wo die Klasse **unde cognati** eingeführt wurde, wird auch noch kein Jurist eine solche Behauptung gewagt haben.

In unseren Quellen wird nun in der That die Cognatenklasse so aufgefaßt, als sei sie vorzüglich zu dem Zwecke vor-

5) Fr. 1. §. 5—8. unde cognati.

6) S. auch noch fr. 2. §. 5. de suis et legit. **Interdum ulteriorem agnatum admittimus, utputa fecit quis testamentum, quum haberet patruum, et patrui filium; deliberante herede scripto patruus decessit, mox heres institutus repudiavit hereditatem; patrui filius admittetur; ergo et bonorum possessionem petere potest.**

handen, um die nur durch juris scrupulositas von der Agnatenklasse Ausgeschlossenen herbeizuziehen. Und es liegt auch so nahe, daß die Römer, wenn sie dieselben nicht als legitimi rufen konnten, darauf kamen, ihre Berechtigung auf die Cognation zu stützen. So stellt uns zuerst Gaius die Sache dar, welcher, nachdem er die Mängel angegeben hat, welche die civilrechtlichen Klassen der sui und agnati enthielten, hinzufügt:

III. 25. Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.

Diese Emendation sei erlangt durch den ordo unde liberi und unde cognati, und so zeigt denn auch seine weitere Darstellung in den §. 27—31, daß er den tertius gradus d. h. die Cognatenklasse, nicht als ein ganz neues im Gegensatz des Civilrechts aufgestelltes Erbrechtsprincip, sondern recht eigentlich als eine Emendation des Agnatenerbrechts und nebenbei auch des der sui auffaßt.

Ganz ebenso wie Gaius, stellen auch die Justinianeischen Institutionen die Sache dar [7]), und wenn auch Beide noch andere Verbesserungen hervorheben, welche der Prätor außer der den entfernteren agnati gegebenen successio herbeigeführt habe [8]), so dürfen wir doch wohl Letzteres als den ganz besonders hervortretenden Grund annehmen, da es ja das Nächstliegende war, wenn der Prätor id agit, ne quis sine successore moriatur.

Jedenfalls sehen wir, daß die Römer die b. p. unde cognati als eine Emendation der Agnatenklasse auffassen, und so finden wir denn auch hier, was uns so häufig im Römischen Rechte begegnet. Der Grund der Rechtsfortbildung ist meist nicht das Streben umfassende neue Principien in das Recht einzuführen, sondern die Veranlassung ist gewöhnlich kleinerer Art, es sollte eine Verbesserung in einzelnen Punkten des bestehenden Rechtes eintreten. Die Agnatenklasse bedurfte deren in mancher Hinsicht, man schuf darum emendandi juris civilis causa die Cognatenclasse, und so erklärt es sich

7) §. 2 u. 7. I. de legit.

8) z. B. die Berufung der agnati capite deminuti, der feminae quae consanguineorum gradum excedunt.

denn nun auch vollkommen, daß ebenso wie bei den Agnaten rein die Gradesnähe entscheiden sollte [9]). Aber da man nun einmal von den Fesseln der **b. p. unde legitimi** frei war, so verstand es sich von selbst, daß man nicht bloß vom **proximus agnatus** auf den ersten nächstfolgenden Cognaten ging, sondern überhaupt eine ganz vollständige **graduum successio** zuließ [10]).

Als Ausbildung der Agnatenklasse läßt sich die **b. p. unde cognati** loben, als absichtliche Basirung des Erbrechts auf das Cognationsprincip würde man sie höchst unvollkommen nennen müssen. Aber eben diese Cognatenklasse mußte erst gehörige Zeit im Rechtsleben sich eingenistet haben, ehe die Römische Anschauung, die nun einmal bisher das Erbrecht als Ausfluß der Agnation betrachtet hatte, sich umbilden konnte. Da man das Recht der vom zweiten **gradus** Ausgeschlossenen lediglich auf Cognation hatte stützen können, so wurden natürlich jetzt auch Personen zugelassen, die (wie die Mutter gegen ihre Kinder und umgekehrt) nie mit einander im Agnatenverbande gestanden hatten. Um ihrentwillen war die Klasse nicht eingeführt, aber es schadete auch nichts, daß sie die Vortheile derselben mit genossen. Hiedurch wurde man nun erst darauf geführt, es als passend anzusehen, daß auch die

9) Auch die Redeweise der Römer ist hier ganz so wie bei den Agnaten. Ebenso wie man hier den proximus agnatus rief, nannte man auch die neue Klasse: unde proximi cognati fr. 1. §. 9. fr. 9. pr. §. 1. unde cogn. fr. 1. pr. quis ordo. fr. 1. §. 9. ad SC. Tertull. Das Wort scheint im Edict gestanden zu haben, weßhalb sich Ulpian fr. 1. 5—8. unde cogn. auf so genaue Interpretation desselben einläßt.

10) Fr. 1. §. 10. unde cogn. Daß man aber bloß bis zum siebten Grad und regelmäßig sogar nur bis zum sechsten die Cognaten zuließ (fr. 1. §. 3. eod.), erklärt sich aus der allgemeinen Anschauung der Römer, welche dem Cognatenkreis überhaupt diese Gränze setzte. Klenze Cognaten und Affinen. Zeitschr. f. gesch. R. W. VI. S. 102. Der Gedanke Goldschmidts (in Grolmann u. Löhrs Magazin III. S. 354.), daß bei der b. p. unde cogn. unter dem siebten Grade nur das Kind eines sobrinus mit einer sobrina gemeint sei, hat keine genügenden Gründe für sich. — Uebrigens sind cognati im juristischen Sinne nur die mortis tempore Concipirten. fr. 6. u. 8. pr. de suis et legit. (welche bei Julian offenbar zusammenhingen).

Cognation zum selbstständigen Grunde des Erbrechts gemacht werde, und daß derselben, gerade weil die **b. p. unde cogn.** nicht von diesem Gesichtspunkte aus eingeführt war, eine genügendere Stellung zu geben sei. Daß **parentes** und **liberi** den Seitenverwandten, auch den agnatischen, vorausgestellt würden, daß sie ein selbst gegen ein Testament zu realisirendes Recht hätten, gehörte wesentlich dazu, sobald man davon sprechen wollte, daß das Römische Erbrecht, wenn es auch die Agnation noch beibehielt, das Princip der Cognation in sich aufgenommen habe. In der That aber gelangte man in gar nicht langer Zeit hierzu. Die Centumvirn gewährten namentlich den **parentes et liberi** die **querela inoff. test.** und eigene Senatusconsulte führten ein an besserer Stelle stehendes Erbrecht der Kinder gegen die Mutter, und der Mutter gegen die Kinder ein. So war wirklich jetzt das Princip geschaffen, das nun nach und nach dem Agnatenrechte immer mehr Boden abgewann, und es am Ende ganz verdrängte. Die **b. p. unde cognati** war, wie mir scheint, sehr viel mehr die Ursache, daß sich dies Princip erst bilden konnte, als daß sie bereits als eine Aeußerung seines Vorhandenseins aufzufassen wäre. Indem man das Agnatenrecht emendiren wollte, hatte man eine Bahn betreten, die viel weiter fortführte, als man anfangs im Auge gehabt hatte.

§. 65. Aus der bisherigen Darstellung geht nun auch schon hervor, wie wir uns das Verhältniß der **b. p. unde cognati** zur Gentilenklasse zu denken haben. Beide nämlich bestanden, wie sich entschieden nachweisen läßt, noch zu Cicero's Zeit neben einander. Wenn wir aber in den Quellen die deutliche Hinweisung finden, daß die Cognatenklasse als Emendation der Agnatenklasse aufgefaßt wurde, so folgt sehr natürlich, daß die Berufung der **cognati** gleich hinter der der **agnati** gestanden haben wird. Zu diesem Resultate gelangen wir auch in der That mit dem oben über die **b. p. unde gentiles** Gesagten, und so gewährt es neue Beweiskraft für die Richtigkeit unserer Untersuchungen, daß wir die beiden durch verschiedene Gründe bewiesenen Punkte in genauem Einklange sich verbinden sehen.

An und für sich nämlich muß man allerdings sagen, daß die Cognaten in der Prätorischen Reihenfolge hinter den Gentilen stehen. Der **ordo unde legitimi** ist eine Einheit, die, wenn auch in drei Klassen zerfallend, doch eine Auseinanderreißung durch eine zwischengeschobene Prätorische Klasse unmöglich zuläßt, die Quellen sagen entschieden, daß die Cognaten erst hinter den **legitimi** gerufen wurden [1]), also so lange das Recht der Gentilen noch vorhanden war, standen sie als **legitimi** auch in der **b. p.** den Cognaten voran. Aber das kann uns auch gar nicht wundern, da wir gefunden haben, daß die **b. p. unde cogn.** vorzugsweise dazu dienen sollte, um die **ceteri agnati** zuzulassen, da diese aber nie vorhanden waren, wenn Gentilen gerufen wurden, so verstand es sich freilich von selbst, daß die Uebrigen in die **b. p. unde cogn.** mit Aufgenommenen, allerdings erst kommen konnten, wenn die Agnitionsfrist der Gens verstrichen war, so wie diese auch noch immer die **b. p.** zur **sine re** machen durfte. Dagegen wenn hinter einem **proximus agnatus** entferntere Agnaten standen, und das mußte ja ein sehr häufiger Fall sein, so waren die Gentilen jedenfalls von der Successsion ausgeschlossen, es wurden also gleich die Cognaten und hinterdrein **vir et uxor** gerufen. Im practischen Resultat gingen mithin doch in den meisten Fällen die prätorischen Erbklassen den wirklich vorhandenen Gentilen vor. Sie konnten die **b. p.** nicht zur **sine re** machen, denn sie hatten ja kein Civilerbrecht, und sie waren von der **b. p.** ausgeschlossen, weil der Prätor, trotz der Präsumtion, der vor ihnen Gerufene (**proximus agnatus**) sei nicht vorhanden [2]), dennoch nicht fingiren konnte, sie seien die vom Civilrecht Gerufenen [3]) (**legitimi**) **heredes**.

So zeigte also die **b. p. unde cognati** sehr häufig auch in der äußeren Fristenfolge, daß sie zur Emendation der Agnatenklasse, gleich an dieselbe sich anknüpfend, aufgestellt wor-

1) **Fr. 1. pr. quis ordo — Intestati hi gradus vocantur: primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor. fr. 1. §. 1. si tab. test. null.**

2) **Fr. 1. §. 10. de succ. ed.**

3) **Tum uti proximum quemque potissimum heredem oportet, ita secundum cum b. p. dabo.**

den sei. Und es kann uns nun auch nicht auffallen, daß der Prätor in diesen Fällen, wo Cognaten und Ehegatten vorgingen, nicht darauf kam, etwa hinter diesen Klassen wieder noch eine neue zu proponiren, in der die Gentilen als nicht-legitimi die b. p. erbitten dürften. Für Successoren war durch jene Klassen genug gesorgt, das Gentilenrecht dagegen war damals schon zu sehr veraltet, und dem Erlöschen nahe. Der Prätor brauchte also nicht mehr für sie zu thun, als was ihr Recht als legitimi von selbst mit sich brachte.

Hiemit aber wird es nun noch um so erklärlicher, daß das Erbrecht der Gentilen bis zu Gaius Zeit ganz außer Uebung kam, denn auch wo sie vorhanden waren, wurden sie doch keineswegs immer zu den bona gerufen.

§. 66. Ueber die Zeit, wann die Cognatenklasse aufgekommen sein mag, läßt sich nichts weiter sagen, als daß sie zu Cicero's Zeit entschieden bestand. Wie lange sie damals schon eingeführt war, wird sich wohl nie ausmitteln lassen.

Dies Bestehen zu Cicero's Zeit folgt nun freilich nicht aus den im ersten Bande aus den Verrinen mitgetheilten Edictworten, denn in diesen ist nichts enthalten, als die ordinum successio unter den Civilklassen, aber nichts hindert auch anzunehmen, daß gleich hinter diesen Worten der Cognaten Erwähnung geschehen sei. Cicero spricht nämlich von der ihnen gegebenen b. p. im c. 60 der Rede pro Cluentio [1]).

> Objectum est, C. Vibium Capacem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide, et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris; apud hunc ille Romae habitavit, apud

1) Daß es zu Cicero's Zeit überhaupt hereditatis possessiones außer der sec. tab. und unde legitimi gab, folgt auch schon aus der §. 64. Note 2. mitgetheilten Stelle, aus der sich auch allenfalls entnehmen läßt, daß damals die nicht auf Civilrecht ruhenden Klassen im Edicte noch nicht genau regulirt waren, sondern bei der Ertheilung in jedem einzelnen Falle dem Prätor ein freieres Ermessen in Berücksichtigung der aequitas Raum ließen, als dies später der Fall war.

> **hunc aegrotavit, hujus domi est mortuus. At heres est Cluentius? — Intestatum dico mortuum, possessionemque ejus bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et imprimis honesto, equiti Romano, datam Numerio Cluentio, quem videtis.**

Um zu beweisen, daß Aulus Cluentius den Capax nicht ermordet haben könne, argumentirt Cicero so: Aulus würde dies doch nur gethan haben, um, wenn ihn Capax zum Erben eingesetzt hätte, bald zur Erbschaft zu gelangen. „Also er ist doch Erbe? Keineswegs! Capax hat vielmehr gar kein Testament gemacht, und seiner Schwester Sohn, Numerius Cluentius, hat ab intestato die b. p. erhalten.“

Allerdings ist hier von einem Schwestersohn des Capax, (illius, wie er schon vorher zweimal bezeichnet wird) und nicht des Aulus Cluentius die Rede [1a]), ein solcher aber kann nur durch die b. p. unde cognati zur Erbschaft gelangen, so daß also das Bestehen derselben zu Cicero's Zeit außer Zweifel gesetzt ist.

Nicht gleiche Beweiskraft möchte ich einer anderen Stelle beilegen, welche Fabricius a. a. O. aus derselben Rede pro Cluentio anführt:

> **c. 15. Avitus usque ad illius judicii tempus nullum testamentum unquam fecerat; neque enim legare ejusmodi matri, poterat in animum inducere, neque testamento nomen omnino praetermittere parentis. Id quum Oppianicus sciret (neque enim erat obscurum), intelligebat, Avito mortuo, bona ejus omnia ad matrem esse ventura, quae ab sese postea, aucta pecunia, majore praemio, orbata filio, minore periculo necaretur; itaque his rebus incensus, qua ratione Avitum tollere conatus sit, cognoscite.**

Fabricius schließt hier: „Der Anfall der hereditas des Avitus an seine Mutter konnte ersichtlich nur durch den Erwerb der b. p. unde cognati erfolgen, welche Cicero demnach

---

1a) S. auch Fabricius. b. p. S. 53.

als ein so bekanntes Institut behandelt, daß er es gar nicht für nöthig hält, die Sache noch irgend näher zu erörtern." Er muß hiebei aber selbst schon supponiren, daß Cluentius oder dessen Vater ein emancipirter Sohn gewesen sei, weil ja sonst die Erbschaft an die Agnaten (z. B. jenen Numerius Cluentius) hätte fallen müssen.

Ebensogut aber läßt sich denken, daß die Mutter des Cluentius **in manu** seines Vaters gewesen, und sie also die **consanguinea** ihres Sohns war. Dann fiel ihm die Erbschaft nach Civilrecht zu, und darauf scheinen Cicero's Worte eher zu deuten. Jedenfalls ist die Stelle für die **b. p. unde cognati** ohne entschiedene Beweiskraft.

Es bleibt uns nur noch übrig zu fragen, ob auch hier bei der **b. p. unde cognati** ebenso die Unterscheidung von bedingenden und vernichtenden Beweisen angenommen werden dürfe, welche wir im ersten Bande sowohl für die **sec. tab.** als die **unde legitimi b. p.** gerechtfertigt haben. Mir scheint die Bejahung keinem Bedenken zu unterliegen, wenn gleich die Quellen uns hier auch wieder nicht reichlich fließen, weil dies überhaupt Sache der Prätorischen Cognition war, über die ganz feststehende Sätze und formelle Regeln des Beweisverfahrens gar nicht bestanden. Die Nachweisung, daß der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei, wird man hier ebenso verlangt haben, als wir dies schon bei den anderen Klassen annehmen durften. Dagegen wenn Modestin in **fr. 7. unde cogn.** sagt: **is qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem**, so wird man daraus doch nicht ableiten wollen, daß der Nachsuchende gleich hätte darthun müssen, er habe in seinem Leben keine **maxima cap. dim.** erlitten; wobei es aber doch nicht weniger unzweifelhaft bleibt, daß wenn das Gegentheil hintendrein sich herausstellte, die **b. p.** eben so sehr als **non data** erschien, als der Prätor sie von vorn herein verweigerte, wenn er diesen Umstand schon wußte.

Mir scheint es sich ziemlich einfach zu ergeben, worauf der Prätor bei Ertheilung der **b. p. unde cognati**, rücksicht-

lich der Persönlichkeit des Nachsuchenden, besonders gesehen haben wird. Er wird, wenn er nichts von dem wußte, der vor ihm erschien, sich einestheils überhaupt das Verwandtschaftsrecht haben nachweisen lassen, und namentlich nach dem Grade der Verwandtschaft gefragt haben, denn über den siebten Grad hinaus ertheilte er keine b. p. [2]). Anderntheils muß er sich auch noch haben begründen lassen, daß man **proximus cognatus** sei. Dies war, als Haupterforderniß des Edicts, auch der Hauptpunkt bei der Ertheilung im einzelnen Falle. Wollten wir dies nicht annehmen, so müßten wir sagen, alle Cognaten wären zusammen in einer und derselben Frist gerufen worden, und hier hätte es sich durch das Auftreten Aller gezeigt, wer unter ihnen der nächste war. Aber es wird uns entschieden gesagt, daß die b. p. beim Hintereinanderstehen von Mehren dem Folgenden erst deferirt werde, wenn der Vorhergehende weggefallen sei, erst dann beginnt also die Frist für jenen zu laufen. Zu dem Wegfallen des Näherstehenden gehört aber auch das **tempore excludi** [3]), also die Frist des Einen fängt erst an zu laufen, wenn der ihm Vorgehende seine Frist nicht benutzt hat. Diese gradatim fortschreitende Delation der b. p. [4]), dieses Zurückgewiesenwerden der Späteren so lange Nähere noch etwa agnosciren konnten [5]),

---

2) Fr. 9. pr. unde cogn. — Octavi gradus agnato jure legitimi heredis, etsi non exstiterit heres (d. h. wenn ein Anderer in einer früheren Civilklasse vorhanden ist) possessio defertur; ut proximo autem cognato, quamvis exstiterit heres, non defertur. Diese Stelle ist wieder ein neuer Beweis für das Bd. I. Einleitung S. XV. Gesagte. S. §. 68. Note 2.

3) Fr. 10. unde cogn. — Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam et praegnantem matrem ex alio marito. Quaero: si mater hereditatem repudiaverit, dum adhuc praegnans est, posteaque enixa fuerit Sempronium, an etiam Sempronia bonorum Titiae possessionem accipere possit? Respondit: si mater hereditate exclusa esset, eaque, ut proponeretur, postea nata esset, accipere posse.

4) Fr. I. §. 10. eod. Gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem, ut qui sunt primo gradu omnes simul admittantur. Fr. 9. de b. p.

5) Fr. I. §. 8. eod. Si quis proximior cognatus nasci speretur,

setzen doch nothwendig voraus, daß das **proximum esse** Bedingung für die Ertheilung der **b. p.** war.

§. 67. 2) Die **b. p. unde vir et uxor** bedarf nur weniger Worte. Wann sie eingeführt worden, wissen wir nicht, und auch daß sie zu Cicero's Zeit bestand, vermuthen wir nur daraus, daß die so gleichartigen Klassen der **b. p. unde cognati** und **unde vir et uxor** wohl nicht lange hintereinander aufgestellt sein werden [1]). Wo Cognaten auftreten, da sind auch die Affinen nicht weit, und wenn gleich die eigentliche Affinität nie Grund des Erbrechts geworden ist, so hat man doch wenigstens das Gattenverhältniß, welches die Basis der Affinität ist, und auch hie und da selbst Affinität genannt wird, mit Recht für ein genügend nahes Verhältniß gehalten. Als daher einmal die Cognaten zur Emendation der Agnatenklasse ins Erbrecht hineingezogen waren, wird man auch nicht lange gezögert haben, daran die Ehegatten, als letzte Intestatklasse anzuknüpfen.

Auch hier wird der, welcher vor dem Prätor erschien, und ohne daß dieser ihn kannte, **b. p.** erbat, sich haben legitimiren müssen. Die beiden Hauptpunkte, von welchen die Gültigkeit derselben abhängt, sind: **justum matrimonium** und Bestehen desselben **mortis tempore**. Von dem ersteren Punkte läßt sich mit Sicherheit sagen, daß sie kein bedingender Beweis war:

> **Fr. un. pr. unde vir et uxor. — Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, justum esse matrimonium oportet. Ceterum si injustum fuerit**

---

in ea conditione est, ut dici debeat, obstare eum sequentibus. Sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur.

1) Mit Recht verwirft schon Fabricius **b. p.** S. 54. das Argument, welches man aus der zuletzt angeführten Stelle Cicero's pro Cluent. zu ziehen versucht sein möchte; wenn man nämlich supponirte, daß Oppianicus, der auf das Vermögen seiner Frau rechnete, dazu durch die **b. p. unde vir et ux.** zu gelangen dachte. Das ging auch durch **in manum conventio**, oder durch testamentarische Einsetzung, wozu er seine Frau bewegen konnte.

matrimonium, nequaquam b. p. peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas, vel secundum tabulas peti bon. possessio potest; nihil enim capi propter injustum matrimonium potest.

Der Ausdruck **b. p. peti non potest** heißt, wie wir gesehen haben, im Allgemeinen nur, daß die ertheilte **b. p.** als **non data** erscheint, und umgekehrt der Prätor, wenn er den hindernden Umstand schon kennt, sie gleich verweigert; es liegt aber nicht auch das an und für sich darin, daß der Nachsuchende gleich das Nichtvorhandensein dieses Umstandes beweisen mußte. Wir sehen dies hier entschieden aus der Zusammenstellung mit der **sec. tab. b. p.**, bei welcher, wie wir wissen, nur die Besiegelung, so wie die Civität und das **sui juris esse** bedingender Beweis war.

Anders läßt sich dagegen schon bei der zweiten Voraussetzung urtheilen. Ulpian scheint sie in einem gewissen Gegensatze im gleich folgenden §. 1. aufzufassen:

Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore.

Sicher freilich ist daraus nicht zu ersehen, daß Ulpian von einem bedingenden Beweise spreche, und wenn wir es auch annehmen wollten, so müßte doch gewiß von den Ausnahmen, die er gleich mit **sed** daran anknüpft, das Umgekehrte gesagt werden:

Sed si divortium quidem secutum sit, veruntamen jure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Hoc autem in hujusmodi speciebus procedit: liberta ab invito patrono divertit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohibet alii nubere invito patrono. Item Julia lex de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.

Unmöglich kann der Prätor das Nichtvorhandensein solcher der **b. p.** entgegenstehender Gründe als allgemein zu liefernden Beweis verlangt haben, dagegen daß er forderte, man müsse sich als hinterbliebenen Ehegatten ausweisen, also das Bestehen der Ehe **mortis tempore** darthun, scheint mir deß-

halb so natürlich, weil die Legitimation, daß man überhaupt Ehegatte sei, ziemlich von selbst es mit sich bringt, daß hier nur vom **mortis tempus** geredet werden könne. Der Prätor kann doch, wenn er von der Person des Nachsuchenden gar nichts wußte, ihm die **b. p.** nur gegeben haben, falls dieser sich etwa durch Zeugen als Ehegatten des Verstorbenen auswies, und da war es denn doch sehr naheliegend, daß gleich das Bestehen der Ehe bis zum Tode des Erblassers zur Sprache kam.

Zweites Kapitel.

Erweiterungen des Notherbenrechts durch die b. p. contra tabulas.

§. 68. Alle Theile der b. p., die wir bis jetzt haben kennen lernen, ſtehen unter einem und demſelben Principe, ſie ſind ganz dem Begriffe gemäß, welchen die Römiſchen Juriſten überhaupt von der b. p. aufſtellen. Dieſe iſt eine fingirte Univerſalſucceſſion, von der Juſtinian ausdrücklich ſagt, ſie ſei **emendandi juris civilis gratia** geſchaffen, und auch die wichtigſte der neu vom Prätor aufgeſtellten Klaſſen (**unde cognati**) wird uns von Gaius unter demſelben Geſichtspunkte dargeſtellt. Gerade weil das ganze Prätoriſche Syſtem, ſoweit wir jetzt gelangt ſind, lediglich Emendationen enthält, ſo folgt von ſelbſt, daß es mit dem Civilrecht nicht in Widerſpruch ſteht. Es iſt ein **jus persequendi retinendique patrimonii**, ſo lange der vorhandene wahre **heres** daſſelbe beſtehen laſſen will, es iſt alſo an und für ſich nur ein interimiſtiſches Recht. Es giebt keine b. p., wodurch dem **heres** ſein Recht entzogen würde, m. a. W. die ihrem Begriff nach **cum re**, alſo definitives Erbrecht, wäre.

Der Ausdruck Emendation dient mithin überhaupt zur Bezeichnung des ganzen eigentlichen Weſens der b. p. Er bezieht ſich nicht bloß auf die ganz neu vom Prätor **supplendi jur. civ. gratia** aufgeſtellten, er umfaßt auch die **confirmandi gratia** gegebenen Klaſſen. Denn ganz abgeſehen da-

von, daß der Prätor Einzelnes darin verbessert, z. B. den unter einer Bedingung Eingesetzten, ferner den **postumus alienus institutus** [1]) zur **sec. tab. b. p.** zuläßt, die Hauptemendation der civilrechtlichen Klassen bleibt immer die, daß er unter ihnen eine Succession giebt, so daß z. B. wie Papinian sich ausdrückt (§. 66. Note 2.) ein Agnat, **etsi non exstiterit heres** [2]), dennoch als **legitimus** zur **b. p.** gerufen werden konnte.

Diesem Grundwesen der **b. p.** stehen nun noch zur Zeit der klassischen Juristen andere Theile unserer Lehre gegenüber; welche nicht gleichmäßig sich darunter vereinigen lassen. Es sind dies drei verschiedene Punkte: die **contra tabulas**, die **unde liberi**, und einzelne singulare Fälle der **sec. tab. bonorum possessio.** Ich muß hier gleich das gemeinsame Wesen dieser drei Lehren genauer charakterisiren; sie werden uns in den vor uns liegenden drei Kapiteln beschäftigen.

Es ist hier nicht mehr von Emendation, sondern von Impugnation oder Correction des Civilrechts die Rede. Wir dürfen dies aber nicht so verstehen, daß unter einer **corrigendi jur. civ. causa** gegebenen Klasse eine solche gemeint sei, welche immer **cum re** wäre. Die **sec. tab. b. p.** aus einem gültigen Testament ist stets **cum re**, und doch eine confirmatorische Klasse. Und umgekehrt die **unde liberi b. p.** ist eine correctorische, und kann doch jedenfalls vom **scriptus heres** zur **sine re** gemacht werden.

Aus dem vorher angegebenen Begriffe der Prätorischen Emendation läßt sich vielmehr leicht ableiten, was wir unter ihrem Gegensatze, den correctorischen Klassen, zu verstehen haben. Alle Klassen, die wir bisher kennen lernten, können freilich insgesammt **cum re** sein, aber wenn ein Nicht-**heres** sie agnoscirt hat, so können sie zur **sine re** werden. Eben weil das Recht des **heres** nicht ausgeschlossen ist, dienen sie nur zur Emendation des Civilrechts. Die correctori-

1) **Pr. I. de b. p.**

2) D. h. wenn ein scriptus oder suus vorhanden ist, dem die hereditas deferirt wird, nicht aber ein näherer Agnat, denn dann erhielt der entferntere nicht als legitimus die b. p.

ſchen Klaſſen aber ſind ſolche, die nicht bloß in Ermangelung eines **heres**, ſondern auch gegen gewiſſe ihnen gegenüberſtehende **heredes cum re** ſein ſollen. Gerade darin, daß der **heres** hier ſeines Erbrechts verluſtig erklärt wird, liegt die Correction des Civilrechts. Wer dieſe **heredes** ſeien, gegen welche die **b. p. cum re** ſein ſoll, richtet ſich nach der Stelle, wo in der Prätoriſchen Klaſſenfolge, wie wir ſie bis jetzt kennen (**sec. tab. — sui — agnati — gentiles — cognati — vir et uxor**), die neue Klaſſe eingeſchoben wird. Gegen alle hinter ihr Stehenden iſt der **bon. possessor** geſchützt, gegen die, welche ſelbſt bloß Prätoriſches Recht haben, dadurch, daß keine weitere **b. p.** mehr ertheilt wird, gegen die, welche auch civiles Recht haben, durch Denegation der **her. pet.** oder **exceptio** [3]) wider dieſelbe. Dies folgt ſchon mit Nothwendigkeit aus dem Ausdruck **corrigendi jur. civ. gratia**. Der Prätor mußte die Klaſſe, welche die Correction enthielt, derjenigen vorausſtellen, die impugnirt werden ſollte, und aus der Stellung der Klaſſe im Prätoriſchen Erbſyſtem erkennt man alſo die Gränzen der Correction, indem natürlich die derſelben vorſtehenden Klaſſen, wenn in ihnen der **heres** ſteht, die **b. p.** noch immer **sine re** machen können.

Hieraus folgt alſo ſchon die Antwort für die allgemeine Bedeutung der drei neuen Klaſſen, die wir jetzt zu unterſuchen haben.

1) Die **contra tabulas** wurde bekanntlich vor die **sec. tab. b. p.**, alſo vor das ganze bisherige Prätoriſche Erbſyſtem geſtellt, ſie iſt daher die einzige der neuen Klaſſen, welche man, ſobald ſie ertheilt iſt, auch abſolut **cum re** nennen kann. Dabei bleibt aber der bisherige Satz vollkommen beſtehen, daß auch die **sec. tab.**, ſo weit ich ſie im erſten Bande dargeſtellt habe, d. h. die (**confirmandi juris civilis gratia**) **ex jure facto testamento** gegebene **b. p.** ſtets **cum re** iſt; denn wenn ſie ertheilt wurde, ſo war die Friſt der **c. t.** ver-

3) **Fr. 15. de b. p. c. t.** — Wenn die b. p. ſchon ertheilt war, denegirte der Prätor wohl einfach die her. pet., ſonſt aber gab er die exceptio: si non (contra tabulas oder unde liberi) b. p. filio dari potest.

säumt, und der prätorische Notherbe konnte ihr so wenig etwas anhaben, als die späteren auch civilen Erbklassen.

2) Die **unde liberi b. p.** wurde bekanntlich zwischen die **secundum tabulas jure factas** und die **unde legitimi** eingeschoben, sie ist also nicht wie die **c. t.** und **secundum tab.** absolut **cum re**; sie ist ja nur correctorisch für die Klassen, vor denen sie eingeschoben wurde, also für die **legitimi**. Ein **scriptus heres** dagegen kann ihr den **effectus** entziehen [4]).

3) Zuletzt wurde noch eine singuläre Klasse der **b. p.** zu Gunsten gewisser nach Civilrecht ungültiger Testamente gegeben, für welche also die **confirmandi j. c. gr.** bestehende **b. p. sec. tab.** an und für sich nicht galt. Wir wollen sie einstweilen die **b. p. sec. tab. non jure factas** nennen. Sie wurde eingeschoben zwischen der bisher bestehenden **b. p. sec. tab. jure factas** und der **b. p. unde liberi**. Sie war also ebenfalls nur correctorisch für die **legitimi**, wogegen ein **jure scriptus heres** sie zur **sine re** machen kann. —

Indessen können wir diesen dritten Fall hier ganz außer Acht lassen, weil die Veränderung des bisherigen Civilrechts, welche darin enthalten ist, nicht durch den Prätor, sondern durch kaiserliche Rescripte, also wiederum durch Civilrecht bewirkt wurde. Es wird davon genauer im vierten Kapitel die Rede sein. Die Römer zählen ihn gar nicht unter die **corrigendi juris civilis gratia** aufgestellten Klassen, da sie bei diesem Ausdruck natürlicher Weise nur die Fälle im Auge haben, wo der Prätor kraft eigener Machtvollkommenheit dem Civilrecht direct entgegentritt. Hiefür bleiben uns also nur die **c. t.** und **unde liberi b. p.** übrig.

Diese beiden Klassen nun aber, stehen sie nicht dem eigentlichen Wesen und Begriff der **b. p.** geradezu entgegen? Wir müssen dies allerdings von vorn herein anerkennen, gerade so wie dies auch schon die Römer thun, indem sie sie als correctorische Klassen dem übrigen Gebiete der **b. p.** entgegensetzen [5]). Aber wir haben auch gleich noch genauer an-

---

4) **Gai. III. 36.**

5) Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß die Eintheilung der **b. p.** in

zugeben, wie wir uns dies eigentlich zu denken haben. Ein großer Theil des Auffallenden, welches man auf den ersten Blick darin finden möchte, wird damit verschwinden, und wir werden uns dadurch vor exorbitanten Folgerungen bewahren, welche man theilweise hieraus schon gezogen hat.

Man könnte nämlich einestheils auf den Gedanken kommen, daß, wenn wir hier eine Ausnahme von der allgemeinen Natur der **b. p.** annehmen, ebendeßhalb was wir als Grundwesen der **b. p.** hingestellt haben, wohl nicht richtig sein mögte. Aber wenn meine bisherigen Beweisführungen nicht aus anderen Gründen Schwächen enthalten, so fürchte ich nicht, daß sie hier einem Hinderniß begegnen. Jedenfalls würde die Gestalt der **b. p.**, wie sie zu Cicero's Zeit angenommen werden muß, dadurch gar nicht afficirt sein, denn damals gab es, wie wir dies noch genauer verfolgen werden, weder **c. t.** noch **unde liberi b. p.** Das Wesen der **b. p.** müßte also erst nachher durch die Aufstellung dieser Klassen umgeworfen worden sein, davon ist aber gar keine Spur, und

---

die corrigendi, supplendi und confirmandi gr. proposita bei den Römischen Juristen gar nicht die große Rolle gespielt hat, wie in unseren Büchern. Wir schöpfen sie aus den Justinianeischen Institutionen. Paulus in fr. 6. §. 1. de b. p. erwähnt sie gar nicht, während sie ihm hier doch so nahe gelegen hätte. In fr. 7. §. 1. de just. et jure ist nur im Allgemeinen von der Thätigkeit des Prätors die Rede. — Ich will damit nicht behaupten, daß die ganze Sache den Römischen Juristen fremd gewesen wäre, und Justinian im pr. u. §. 1. I. de b. p. nicht wahrscheinlich sich nach klassischen Autoren richte. Ebendeßhalb habe ich auch im Texte mich darauf gestützt, um das Wesen der verschiedenen bonorum possessiones zu charakterisiren, und es ist gar nicht zu leugnen, daß die b. p. c. t. und unde liberi eine Correction des Civilrechts enthalten. Aber um so mehr muß auch hervorgehoben werden, daß die Römischen Juristen alle übrigen Theile der b. p. als Emendation des Civilrechts auffassen, ja noch mehr, daß ihnen auch die c. t. und unde liberi, die freilich formell correctorisch waren, nach ihrem ganzen inneren Wesen lediglich als Emendationen erschienen. Dies wird aus dem Verlauf der Darstellung deutlich genug hervorgehen; und so kann man denn ohne Fehler recht gut sagen, die b. p. sei emendandi jur. civ. gratia nicht bloß eingeführt, sondern auch vom Prätor fortgebildet.

wenn wir diese beiden Klassen nur etwas näher ins Auge fassen, so kann, wie mir scheint, davon gar nicht die Rede sein. Die Umgestaltung hätte ja nur die sein können, daß der Begriff der b. p. als wesentliches Requisit den des definitiven Behaltens der Erbschaft (cum re) jetzt in sich aufnahm. Aber die Bedeutung der übrigen Klassen wurde doch durch jene zwei Klassen an und für sich gar nicht verändert, die b. p. unde liberi ist auch überhaupt gar keine volle Ausnahme von der bisherigen Gestalt der b. p. Nach der Seite der legitimi ist sie es freilich, nach der des scriptus heres ist es noch immer unsicher, ob sie cum oder sine re sein werde. Es bleibt also nur als volle Ausnahme die c. t. b. p. übrig, die allerdings stets cum re war, aber daß dadurch nun auch das übrige System verändert worden sei, dafür giebt es gar keinen Anhaltspunkt. Und so ist es ja denn auch aus den Schriften der klassischen Juristen, die diese Ausnahme vollkommen kennen, unzweideutig zu ersehen, daß die b. p. ihnen nichts ist, als das beneficium der Prätorischen Machtvollkommenheit [6]), welches den Besitz des Erbrechts (juris possessio) verleiht [7]), also eine an und für sich nur interimistische fictitia hereditas ist [8]). Es waren eben nur durch die c. t. und unde lib. b. p. die Fälle der b. p. cum re der Zahl nach um einige vermehrt worden. Und freilich waren die neuen Fälle den alten dadurch ungleichartig, daß jetzt auch gegen den Willen des vorhandenen heres die b. p. cum re sein konnte. Aber daß damit doch noch nicht der Grundbegriff der b. p. umgeworfen war, ist einleuchtend.

Bedeutender scheint folgende aus den correctorischen Klassen gezogene Schlußfolgerung. Da im ganzen übrigen System der b. p. sich nur Emendationen des Civilrechts finden, so scheint schon das anzudeuten, daß überhaupt die Befugniß des Prätors nicht weiter reichte, daß er nicht die Macht hatte, direct dem Civilrecht entgegenzutreten. So könnte man denn versucht sein, diese Klassen sich als gar nicht durch die Hand

6) Fr. 6. §. 1. de b. p. fr. 3. de jurisd.
7) Fr. 3. §. 1. de b. p.
8) Gai. III. 32. Ulp. XXVIII. 12.

des Prätors eingeführt zu denken. Danach hat in der That Fabricius ihren Ursprung in kaiserlicher Thätigkeit, Bachofen in der Praxis der Centumvirn zu finden gemeint [9]). Aber muß uns davon nicht schon abbringen, daß unsere Quellen so oft diese Klassen, ganz ebenso wie die übrigen, der Prätorischen Thätigkeit zuschreiben, ohne irgend eine Spur, daß hier etwas vorliege, was aus eigener Autorität kein Prätor hätte einführen dürfen [10])?

Charakterisirt doch auch Papinian das **jus praetorium** ganz allgemein als solches, **quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam** [11]). Warum sollen diese drei Gestaltungen nicht auch im Erbrechte sämmtlich zulässig gewesen sein?

Ich will damit nicht sagen, daß der Prätor jeden beliebigen Punkt des Civilrechts hätte außer Geltung setzen können. Auch Papinian setzt hinzu, wohl mit besonderer Rücksicht auf die Correctionen, daß sie auf **utilitas publica** basirt sein müßten. Jedenfalls würde, was dieser widersprach, nicht **jus tralatitium** geworden sein.

Gerade aber hier bei diesen beiden Klassen der **b. p.** läßt es sich sehr klar nachweisen, daß die **utilitas publica** und eine **naturalis ratio** es ziemlich von selbst mit sich brachte, eine Correction des Civilrechts eintreten zu lassen. Wir können dies wohl nicht schlagender beweisen, als dadurch, daß Gaius da, wo er von der **b. p. unde liberi** spricht, die darin liegende Correction gar nicht erwähnt, sondern sie lediglich als **emendandi juris civilis gratia** gegeben darstellt [12]). Wir haben schon gesehen, daß Gaius den **tertius gradus (unde cognati)** als Emendation der Agnatenklasse

---

9) S. Bd. I. Einl. S. XXX. XXXIV.

10) Ich brauche hierfür wohl keine einzelne Stellen zu citiren.

11) Fr. 7. §. 1. de just. et jure.

12) Man muß nicht etwa glauben, das emendare sei gleichbedeutend mit corrigere (oder impugnare). Es wird (gleichbedeutend mit supplere) diesem, so wie dem adjuvare (oder confirmare) gegenübergesetzt. §. 1. I. de b. p.

auffaßt, damit auch die capite deminuti und die ferneren Agnaten gerufen würden. Und ganz ebenso ist ihm der ordo unde liberi eine Emendation der den sui schon zustehenden Klasse [13]).

III. 25. Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. §. 26. Nam liberos omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.

Können wir dies aber von der b. p. unde liberi sagen, so wird die folgende Darstellung zeigen, daß es noch viel mehr von der c. t. b. p. gilt, bei der auch Gaius ihre correctorische Natur gar nicht erwähnt. Die Entstehung dieser ist nichts als die Erweiterung eines schon im Civilrecht bestehenden Satzes, dessen eigenthümlich enge Fassung ferner bestehen zu lassen, eine juris iniquitas gewesen wäre, die der Prätor unmöglich dulden konnte. Freilich mußte, indem das Recht der Einen erweitert wurde, dadurch das Recht der Anderen (der scripti heredes) um ebensoviel zurückgedrängt werden, und in dieser Hinsicht erscheint die c. t. als Impugnation des Civilrechts, aber das hindert nicht, sie von der anderen Seite doch nur als Emendation eines anderen civilrechtlichen Satzes aufzufassen, den die publica utilitas so dringend gebot, daß an der Berechtigung des Prätors dazu wohl kein Zweifel obwalten konnte. Dem haben wir nun in einer weitläuftigen Untersuchung tiefer nachzuforschen.

§. 69. Schon oben (Bd. I. S. 142.) hat sich herausgestellt, daß die contra tabulas bonorum possessio zu Cicero's Zeit sich noch nicht finden läßt. Es muß jetzt ge-

13) S. auch Bd. I. Einl. S. XV. — Daraus folgt aber nicht, daß die Klasse der liberi und die der sui in eine einzige zusammengeschmolzen wurden, obgleich, wie wir unten sehen werden, wahrscheinlich keine verschiedenen Deliberationsfristen für beide bestanden, und man deßhalb die zweite Frist der sui scheinbar zur Agnatenklasse schlug.

prüft werden, welche positiven Gründe ihrer Entstehung unsere Quellen uns darbieten, und daraus wird denn auch annäherungsweise auf die Zeit ihrer Einführung geschlossen werden können.

Bereits seit geraumer Zeit stehen sich in Bezug auf die Entstehungsursachen dieser Erbklasse zwei Ansichten gegenüber, welche beide auch noch wieder in neuester Zeit ihre Vertheidiger gefunden haben. Die eine, auch von Fabricius [1]) angenommene ist, daß die c. t. eingeführt sei, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den sui nach jus civile zustand, zu ertheilen. Der Prätor habe die Emancipation als nicht geschehen fingirt, und so sämmtlichen Kindern zu einem und demselben Rechtsmittel die Berechtigung ertheilt.

Mir scheint diese Erklärungsweise keineswegs geeignet, die in der c. t. b. p. liegenden Eigenthümlichkeiten gehörig verständlich zu machen. Wollte der Prätor die Emancipirten den civilrechtlichen Notherben gleichstellen, und wollte er dies durch die Fiction der nicht geschehenen Emancipation thun, weßhalb bewirkt denn nicht die c. t. die Eröffnung der reinen Intestaterbfolge, die doch sicher eintrat, wenn ein filius suus präterirt ist? Diese Intestaterbfolge ist aber, wie wir nachher sehen werden, durchaus nicht die Folge der c. t. Man möge nicht einwenden, der Prätor könne kein jure civili gültiges Testament ungültig machen. Aber er kann doch dessen völlige Ungültigkeit fingiren, und also auch fingirte Intestatsuccession einführen. Und zu diesem Resultate (daß es in seiner Macht stand, wird man doch nicht bezweifeln) würde der Prätor auf dem angegebenen Wege nothwendig haben gelangen müssen. Es ist gerade die Eigenthümlichkeit der Fictionen, daß das Vorhandensein eines Umstandes angenommen wird, der zur Anwendung einer Rechtsregel erforderlich ist; mit dieser Annahme

1) B. p. S. 81. — S. Savigny Zeitschr. für gesch. R. W. S. 14. — Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen. S. 67. Fein Collation. S. 9. Not. 29. — Diese Ansicht findet sich schon in der weitläuftigsten älteren Monographie über die b. p. von Ricciardi (s. darüber das fünfte Buch). In Rubric. № 190—192.

aber tritt dann die Rechtsregel ganz von selbst ein. Wenn also die Grundlage der c. t. sein soll, daß der **filius emancipatus, rescissa emancipatione**, als **filius suus** gilt, so mußte dann auch die nothwendige Folge sein, daß in Folge seiner Präterition die Intestaterbfolge angenommen wurde. Da wir gar keinen Grund haben, den Römern hier eine Inconsequenz zuzutrauen, so sieht man schon aus den Wirkungen des Instituts, daß die angegebene Voraussetzung desselben nicht die richtige sein kann. Sie ist aber auch außerdem mit der Darstellung der Quellen nicht vereinbar. Ulpian sagt im **fr. 1. pr. de b. p. c. t.**:

> **In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus, sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt.**

Ulpian beginnt hiemit offenbar seinen Commentar über die c. t., und wie sonst immer, wird er auch hier die Edictsworte interpretiren. Wenn er also als das Grundprincip hinstellt: die c. t. b. p. ist für die **liberi** gegeben [2]), so hat er augenscheinlich diesen Ausdruck **liberi** aus dem Edicte entnommen, um ihn hier noch weiter zu erklären. Ulpian sagt nun nicht ausdrücklich, daß er unter den **liberi** bloß die **sui** versteht, aber die Stelle wird dadurch nur noch schlagender, *indem* wir so offenbar sehen, daß Ulpian dies als etwas sich ganz von selbst Verstehendes voraussetzt. Er kann nämlich unter den **liberi** deßhalb nur die Nicht-Emancipirten meinen, weil er darunter auch die **adoptivi** begreift, und diese ja nur ein Recht auf die c. t. haben, wenn sie bis zum Tode in der Gewalt des Adoptivvaters waren. So spricht denn auch Ulpian in den folgenden 5 §§ immer noch von den **sui**, und erst im §. 6. geht er zu den Emancipirten über:

> **Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor.**

Es ist doch unmöglich, daß, wenn so die Emancipirten als zur c. t. b. p. Hinzugezogene, als in dieselbe Eingeführte, dargestellt werden, man bei ihnen die Entstehung des

2) So sagt er auch nachher fr. 1. §. 6. eod. ut enim admitti possit, ex **liberis** esse eum oportet.

Institutes suchen darf. Man kann sich ihr Recht nur durch erweiternde Interpretation des über die sui gegebenen Edictes, oder durch Aufstellung eines ganz neuen an die ursprüngliche c. t. b. p. sich anschließenden Edictes entstanden denken. Letzteres ist, wie der Verlauf zeigen wird, das Wahrscheinlichere.

Ganz ähnlich ist auch die Darstellung Ulpians in fr. 1. pr. de collatione:

> Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad bonorum possessionem c. t. emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum etc. [3]).

Deßhalb ist denn auch die angegebene Ansicht bereits früher mehrfach [4]) verworfen worden, und in neuerer Zeit hat sich mit Recht Francke, schon mit Berufung auf fr. 1. de c. t. b. p., gegen dieselbe erklärt. Er setzt eine andere an die Stelle, die ich mit seinen eigenen Worten wiedergeben muß: „Die b. p. c. t. sei ursprünglich für den präterirten suus heres eingeführt, um ihm das Int. quor. bon. zu geben, damit der eingesetzte Erbe, wenn er auch Anspruch machte auf die Erbschaft, doch nicht den Besitz der Erbschaft durch die b. p. sec. tab. erlangen könne [5]). — Weit entfernt wa-

---

3) Die Stelle der Collatio XVI. 7. §. 2. Suis praetor solet emancipatos liberos . . . conjungere, data bonorum possessione geht an und für sich auf die Intestatsuccession, aber wenn man bedenkt, daß der ordo unde liberi der unmittelbare Ausfluß der c. t. war, so gewährt sie auch für die letztere einen Rückschluß.

4) Es ist hier besonders Maranus zu erwähnen, von dem nachher noch mehr die Rede sein wird. Was im Uebrigen die meisten Schriftsteller früherer Jahrhunderte von der c. t. gesagt haben, bleibt, da weder die Benutzung, noch Widerlegung ihrer Ansichten für die hier anzustellenden Untersuchungen förderlich sein würde, dem fünften Buche vorbehalten.

5) Francke Recht der Notherben S. 121. vergl. auch S. 104. — Mühlenbruch Comm. XXXVII. S. 4. Not. 2. schreibt diese Franckesche Ansicht auch v. Löhr zu, aber mit Unrecht. S. dessen Magazin III. S. 257. unten. Förster de c. t. b. p. p. 145. spricht nicht von der Entstehung, sondern sagt nur, was schon unzählige mal gesagt ist, daß sie nicht bloß den emancipati zustehe.

ren die Römer, die Fiction der rescindirten cap. dim. zum höchsten Grundsatz dieser Lehre zu erheben, wie es wohl in neuerer Zeit versucht ist, ohne daß man aber diesen Grundsatz streng durchführen konnte, da gar manche Descendenten hieher gehören, auf welche jene Fiction durchaus nicht paßt. Vielmehr sind nach dem Rechte der Pandekten alle Descendenten männlicher Ascendenten zu dieser b. p. berufen, welche in ihrer väterlichen Gewalt nicht stehen, doch aber darin stehen könnten, vorausgesetzt, daß sie die nächsten in ihrer stirps sind, und nicht selbst durch Adoption in eine fremde Familie übergingen" [6]). —

Francke führt danach fünf Fälle an, worin, außer dem der Emancipation, auch die aus der Gewalt Getretenen c. t. b. p. erhalten, und dies stimmt ganz mit der Darstellung der Quellen überein, indem Ulpian gleich in fr. 1. §. 6. de c. t. b. p. sagt: **Et sui juris factos liberos inducit Praetor in bonorum possessionem. Sive igitur emancipati sunt, sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad b. p.**

Jedenfalls also ist es nicht richtig, der c. t. b. p. bloß den Schutz der Emancipirten als Entstehungsursache zum Grunde zu legen, wir müßten auf alle Fälle den Kreis der **sui juris facti liberi** substituiren. Aber auch in dieser Ausdehnung ist für die Einführung der c. t. nichts gewonnen, es stehen die vorher schon angeführten Gründe nicht minder entgegen, und deßhalb nimmt auch gerade Francke an, daß diese Klasse für den **suus heres** geschaffen sei, mithin das Stehen in väterlicher Gewalt das Grundprincip und Haupterforderniß der c. t. bilde. Ursprünglich sei dies ausnahmslos anerkannt, dann aber durch Ausdehnungen unseres Institutes für gewisse Fälle fingirt worden.

Nach dem bisher Gesagten bleibt es aber noch unklar, wen Francke unter dem an und für sich sehr viel umfassenden Worte **suus heres** versteht. Wir können indeß nicht zweifeln, daß er damit lediglich den **filius suus** meint, indem er auch an anderen Stellen jenen Ausdruck in diesem Sinne nimmt. So

6) Notherbenrecht. S. 123. vergl. S. 128.

heißt es vom **suus heres**, welcher entweder zu instituiren oder förmlich zu enterben ist (S. 58.), er mache, falls er präterirt sei, das Testament ungültig (S. 20.), dieser Satz bestand aber bekanntlich vor Justinians **l. 4. C. de lib. praeteritis** nur für den **filius**. So beschränkt denn auch Francke an einer andern Stelle (S. 74.) seine Ansicht ausdrücklich auf den Sohn: „Die Präterition hat die Nichtigkeit des Testaments zur Folge, dasselbe ist ungültig errichtet. Es muß also beim Tode des Erblassers die gesetzliche Erbfolge eröffnet werden, also ist der Sohn als **suus heres** beim Tode des Vaters **ipso jure** dessen Erbe geworden. Und sein Rechtsmittel, wenn ein Dritter im Besitz der Erbschaft sich befindet, kann nur die **her. pet. ab intestato** sein. Jedoch konnte er auch gegen den Besitzer der Erbschaft das **Int. quor. bon.** erheben, vorausgesetzt, daß er die **c. t. b. p.** agnoscirt hatte, welche für ihn zu diesem Zwecke eingeführt war.“ —

Fabricius bietet die Merkwürdigkeit dar, daß er (**b. p.** S. 81.) bestimmt sagt, die **c. t. b. p.** sei eingeführt, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den **sui** nach **jus civile** zustand, zu ertheilen. — Vor der Gleichstellung der **emancipati** mit den **sui** aber, vermuthet er, habe der Prätor schon für den präterirten **filius suus** und **postumus** eine **c. t.** eingeführt, die freilich von der späteren aus dem Pandektenrecht uns bekannten „himmelweit“ verschieden gewesen sei. Dadurch wäre es bewirkt worden, daß dem **scriptus heres** die **sec. tab. b. p.** verweigert worden sei. Im Grunde ist dies also, nur mit etwas anderen Worten, ganz die Franckesche Ansicht. Und so kommt es denn auch, daß Mühlenbruch, nur mit Berufung auf Fabricius, ebenfalls durchaus Francke's Ansicht ausspricht [7]). —

---

7) Pandekten §. 620. (3. Aufl.). — „Sonst erhielt sie der gesetzliche Erbe (legitimus), und dies war namentlich der Fall, wenn ein **filius suus** in einem auch äußerlich fehlerfreien Testament präterirt war, woraus denn allmählig die **c. t. b. p.** erwuchs“. Einige Jahre früher hatte Mühlenbruch die Franckesche Ansicht noch bezweifelt. Commentar **XXXVII.** S. 4. Not. 2. Etwas Aehnliches, freilich um etwas ganz Anderes daraus zu rechtfertigen, sagt auch Hugo R. G. (11. Aufl.) S. 609. Z. 18—20.

Es bedurfte dieser etwas genaueren Darstellung, um den Stand der Streitfrage, wie er heutzutage vorliegt, klar vor Augen zu führen. Aus der folgenden Entwicklung wird hervorgehen, daß ich weder der einen, noch der anderen der sich gegenüber stehenden Ansichten beitreten kann. Mir scheint vielmehr noch in ganz anderer Weise die Entstehung unseres Institutes gerechtfertigt werden zu müssen. Dazu bedarf es zuerst einer kurzen Zusammenstellung des älteren civilen Notherbenrechts.

§. 70. Die civilen Regeln des älteren Notherbenrechts sind im Allgemeinen ganz unbestritten. Das Notherbenrecht ist ein rein formelles, die Alternative der Institution oder Exheredation vorschreibend. Die Personen, welche diese Berücksichtigung verlangen können, sind lediglich die **sui heredes**, d. h. alle die, welche, in unmittelbarer väterlicher Gewalt des Erblassers stehend, demselben (mögen sie **ex testamento** oder **ab intestato** gerufen werden) **ipso jure** und als gezwungene Erben succediren [1]). — Diese **sui** sind aber in Beziehung auf ihr Notherbenrecht in drei Klassen zu theilen:

1. Der **filius in potestate**, der schon lebte als das Testament errichtet wurde, vernichtete das Testament, in dem er weder instituirt noch **nominatim** exheredirt war, völlig, so daß es als **ab initio** gar nicht errichtet galt, und Intestaterbfolge eintrat [2]).

2. Alle übrigen in (unmittelbarer) **potestas** stehenden Descendenten, welche bei der Testamentserrichtung schon lebten, haben ein weit schwächeres Recht. Es gehören hieher die **filia, nepos** und **neptis** von einem vorverstorbenen Sohn, **pronepos, proneptis etc.**, dann die **uxor** und **nurus in manu**. Sie alle können sogar durch eine **exheredatio inter ceteros** gültig von der ganzen Erbschaft ausgeschlossen werden, und haben im Fall der Präterition nur ein Accrescenzrecht gegen die

1) S. Bd. I. §. 1.

2) Ulpian. XXII. 16. Gai. II. 123. Es bestand hiebei freilich eine Controverse unter den Römischen Juristen, die uns hier aber nicht interessirt.

scripti heredes, und zwar wenn dies **sui** sind, auf einen Viriltheil, wenn **extranei**, auf die Hälfte. Sie gelten in Beziehung auf das, was sie durch ihr Notherbenrecht erhalten, ganz als (fingirte) **scripti heredes**, so wie sie auch namentlich zu ihrem Theil die Legate bezahlen müssen [3]), das Testament bleibt hier also vollkommen gültig. — Die Römer gebrauchen für diese Klasse den, wie es scheint, technischen Ausdruck: **ceterae liberorum personae** [4]), wir wollen sie in der Folge kurz die Accrescenzerben nennen.

3. Die **postumi sui** (d. h. Alle, welche, wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung schon da gewesen wären, auch in der unmittelbaren **potestas** des Erblassers gestanden haben würden [5])) machen, sobald sie erscheinen, das errichtete Testament durchaus nichtig [6]). Dies galt anfangs ganz allgemein, so daß das Testament nicht minder ungültig wurde, wenn auch der **postumus** darin instituirt oder exheredirt war. Man sah ihn als **persona incerta** an, welche überhaupt keiner testamentarischen Berücksichtigung fähig sei. Davon ging man zuerst bei dem Falle ab, wo das Kind zur Zeit der Testamentserrichtung schon **in utero** ist, aber erst nach dem Tode des Testators geboren wird, und vom Ende der Republik an wurde dies allmählig auf alle andren Arten jedenfalls der ehelich erzeugten **postumi** ausgedehnt [7]).

Nachdem diese Möglichkeit der Institution feststand, hätte eigentlich auch bey ihnen die Regel, welche bei den schon lebenden **sui heredes** für die Begründung ihres Notherbenrechts galt, eintreten müssen, d. h. der **filius postumus** hätte müssen **nominatim**, die **ceterae postumorum personae** aber **inter ceteros** exheredirt werden dürfen. Dies wurde indessen

---

3) **L. 4. C. de lib. praeter.**

4) **Gai. II. 124. Ulp. XXII. 17. 20.**

5) **Ulp. XXII. 15.** Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum numero sunt. Ulpian spricht hier nur von den wahren Postumen, aber die qui postumorum loco sunt, stehen ihnen rechtlich ganz gleich. **Ulp. XXIII. 3.**

6) **Ulp. XXII. 18.**

7) Im folgenden Kapitel wird hievon noch weiter die Rede sein.

dahin verändert, daß die Vorschrift des **nominatim** Exheredirens auf alle **postumi** männlichen Geschlechts erweitert ward, während die **exheredatio inter ceteros** bei den **postumae** bestehen blieb [8]).

Jedes Testament, worin sich nun ein **postumus** weder instituirt, noch in der angegebenen Weise exheredirt fand, war null und nichtig (**ruptum**) [9]).

Schon aus dieser Uebersicht ersieht man, daß der **filius jam natus** und die **postumi** in gewisser Weise zusammengehören, sie eröffnen, wenn sie präterirt sind, die Intestaterbfolge. Dagegen stehen die Accrescenzerben zu ihnen in einem höchst merkwürdigen Gegensatze. Die **postumi** umfassen ja außer dem **filius postumus** auch alle übrigen Grade der **sui, filia, nepotes, etc.** also ganz dieselben Personen, als die Accrescenzerben. Es bestand mithin die Eigenthümlichkeit, daß Töchter, Enkel ꝛc., wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung, wobei sie präterirt sind, schon leben, der Gültigkeit des Testaments nicht im Wege stehen, wenn sie dagegen erst nachher, und sei es auch nur kurze Zeit, später geboren werden, es über den Haufen werfen. Man sollte eher noch *einen* Vorzug der Lebenden vor den Nachgeborenen vermuthen. Aber es würde auch dies, es muß überhaupt alle Ungleichheit im Rechte der Kinder als eine **juris iniquitas** erscheinen, und wie soll es vernünftigerweise bei ihnen auf den Unterschied ankommen, ob sie etwa einen Tag vor oder nach der Testamentserrichtung geboren sind?

Daß den Römern dieß als eine höchst unpassende Rechtsgestaltung auffallen mußte, versteht sich wohl ziemlich von selbst. Wie man zu derselben gelangt war, ist freilich sehr leicht zu erklären, aber dabei blieb es doch nicht minder ein Resultat, welches der Veränderung dringend bedurfte. Man hatte nämlich früher einen sehr großen Unterschied gemacht zwischen dem **filius** und den übrigen **sui**. Jener mußte drei-

8) **Ulp. XXII. 21. 22.**
9) **Ulp. XXIII. 2. 3.**

mal, dieſe brauchten nur einmal verkauft zu werden, um dann durch Manumiſſion zur Selbſtändigkeit zu gelangen. Dieſer Unterſchied war für die älteren Zeiten des Römiſchen Rechtes ſehr natürlich, und als nun das Notherbenrecht der **sui** entſtand (Bd. I. S. 7. Not. 9), wirkte er ſehr natürlich auf die Geſtaltung deſſelben ein, dem **filius** ein ſtärkeres Recht als den **ceterae liberorum personae** gewährend. Aber der ganze Unterſchied war nur bei **sui jam nati** denkbar, denn die **postumi sui** nahm man anfangs als **incertae personae**, die ſich insgeſammt weder inſtituiren noch exheredіren ließen. Es konnten alſo auch keine verſchiedenen Präteritionsregeln für den **filius** und die Uebrigen beſtehen, und ferner konnte man ihr Notherbenrecht nicht auf eine von Seiten des Erblaſſers vernachläſſigte Pflicht, ſondern lediglich auf ihre Suität ſtützen. Hierin aber ſtanden ſich alle dieſe **postumi** vollkommen gleich, und ſo mußte man denn nothwendig dazu kommen, ſämmtlichen **postumi** ein ganz gleiches Ruptionsrecht gegen das Teſtament zu gewähren. Der weitere Schritt der Rechtsbildung war nun aber, daß man die **postumi** nicht mehr als **incertae personae** auffaßte, ſo daß von nun an ihr Notherbenrecht ganz wie das der **sui jam nati** als eine Folge nicht gehöriger Berückſichtigung im Teſtamente erſchien.

Jetzt wäre allerdings, wie ich vorher ſchon bemerkte, auch bei den **postumi** der Unterſchied zwiſchen **filius** und **ceteri** ſowohl in Bezug auf die Präteritionsregeln als die Wirkungen der Präterition denkbar geweſen. Aber daß man ihn dennoch nicht eintreten ließ, erklärt ſich wiederum von ſelbſt. Rückſichtlich der Wirkungen war es nicht möglich, denn das bisherige Recht ließ doch ohne allen Unterſchied ſämmtliche **postumi** das Teſtament rumpiren. Wie hätte man aber darauf kommen können, ihnen dieß Recht wieder zu nehmen, und ſeitdem man ihre Inſtitution und Exheredation für möglich erklärt hatte, nur noch dem **filius** das Recht der Vernichtung des Teſtaments zu laſſen, den Uebrigen aber im Fall der Präterition nur das Accrescenzrecht zuzugeſtehen? Kein Römer hat wohl je daran gedacht, daß ein weiterer Schritt, als die Einſchränkung ihres Ruptionsrechtes, möglich ſei.

Ueberhaupt war die Unterscheidung von **filius** und **ceteri** damals (d. h. im ersten Anfange der Kaiserzeit) nicht mehr zeitgemäß, und so erklärt es sich, daß man auch nicht einmal bei den Präteritionsregeln (d. h. der Frage *wie* ein **postumus** zu instituiren oder exheredіren sei) die bei den **sui jam nati** geltende Unterscheidung für die **postumi** zum Grunde legte. Man fand es in der damaligen Zeit passender, allgemein das männliche Geschlecht dem weiblichen entgegenzusetzen, und so ist die schon erwähnte Regel entstanden, daß **postumi virilis sexus nominatim**, die **feminini sexus inter ceteros** zu exheredіren seien. —

Die bis hieher geschilderte Rechtsentwicklung unterliegt keinem Zweifel, und die einzelnen darin enthaltenen Momente haben jeder für sich ihren ganz guten Grund, aber es ist doch nicht zu läugnen, daß das Gesammtresultat ein noch durchaus unnatürliches ist, bei dem man unmöglich stehen bleiben konnte. Die **postumi** waren den **sui jam nati** insoweit gleichgestellt, daß man jetzt überhaupt alle **sui** instituiren oder exheredіren, und dadurch sein Testament vor aller Anfechtung bewahren konnte. Aber um so unerklärlicher und unpassender mußte es erscheinen, daß nun doch die Accrescenzerben einen so sonderbaren Gegensatz zu den übrigen **sui** bildeten, da dies doch in der damaligen Zeit gar keinen praktischen Grund mehr hatte. In der Umgestaltung des Rechts der **postumi** liegt der Zweck, den man vor Augen hatte, sehr klar zu Tage. Man beabsichtigte die *Ausgleichung des Notherbenrechts sämmtlicher sui*, aber dies Ziel war hiermit noch nicht erreicht, man hatte erst die Hälfte des Wegs zurückgelegt. Man hatte zuerst die **postumi** im Allgemeinen den **sui jam nati** gleichgestellt, jetzt mußte man nun aber auch noch *das Recht der Accrescenzerben mit dem des* **filius jam natus** *und der* **postumi sui** *ausgleichen*. Darin aber liegt zweierlei:

1. Der schon bei den **postumi** angenommene spätere Satz, daß die **sui virilis sexus** und nicht bloß der **filius** *nominatim zu exheredіren* seien, mußte auch für die **sui jam nati** *anerkannt* werden; also da dies beim **filius** schon von

jeher galt, so war es nur noch für die Accrescenzerben männlichen Geschlechts neu festzustellen.

2. Da der **filius jam natus** und die **postumi** im Fall der Präterition die Intestaterbfolge eröffneten, also die ganze materielle Erbschaft erhielten, so mußte ein gleiches Recht auch den Accrescenzerben verliehen werden.

§. 71. In der Aufstellung dieser beiden Sätze finde ich den Ursprung der **c. t. b. p.** Sie erscheint mir danach als die Fortsetzung einer Rechtsentwicklung, welche andere Organe des Rechtes (Juristen und Gesetze, namentlich die **lex Junia Velleja**) begonnen hatten. Der Prätor vollendete hier etwas, dessen Ziel man schon gleich aus dem Beginn der ganzen Rechtsveränderung erkennen konnte. Er stellte das fest, worauf die Zeit nothwendig hindrängte, dessen nothwendige Erreichung keinem kundigen Auge verborgen bleiben konnte. Daß der Prätor die Befugniß hatte, diesen letzten sich ziemlich von selbst darbietenden Schritt zu thun, darüber brauche ich keine Worte weiter zu verlieren. Es kommt lediglich darauf an, ob er das hier Angegebene wirklich gethan hat, und ob daraus das Grundwesen des ganzen dann noch weiter ausgedehnten Institutes sich in befriedigender Weise erklären läßt; es kommt namentlich darauf an zu zeigen, daß die **c. t. b. p.** nur ein Institut zum Besten der Accrescenzerben ist, zu dem dann nur später die Emancipirten hinzugezogen wurden, während sie für den **filius jam natus** und die **postumi** gar nicht besteht. Denn es sollten ja durch die **c. t.**, wie wir annehmen, nur die Accrescenzerben das erlangen, was die übrigen **sui** schon nach Civilrecht hatten. — Diese Beweise aber, welche mir obliegen, glaube ich liefern zu können.

Daß durch die **c. t. b. p.** die Intestatsuccession eröffnet werde, haben nur Schriftsteller, die so ziemlich bei der ganzen Lehre im Dunkeln gingen, behaupten können, und so oft auch dieser Irrthum sich wiederholt hat, so ist er doch in neueren Zeiten immer mehr verschwunden [1]). Es erscheint vielmehr, wie nachher noch genauer gezeigt werden wird, bei

1) Francke, Notherbenrecht. S. 136.

der c. t. das Ganze des Teſtaments als vollkommen feſtſtehend und gültig, ſo daß nur gewiſſe darin enthaltene Verfügungen (und allerdings die wichtigſten), insbeſondere die Erbeseinſetzung, gleichſam herausgehoben werden, damit der vom Erblaſſer Gerufene dem vernachläſſigten Notherben Platz mache. In dieſem Sinn nennt Juſtinian die c. t. eine b. p. **ex testamento** [2]), d. h. wobei das Teſtament fortwährend als ein gültiges angeſehen wird, und die Veranlaſſung darbietet, daß ein anderer Univerſalſucceſſor an die Stelle des eigentlichen **scriptus heres** tritt [3]).

Dieſe allgemeinen Sätze über die Wirkungen unſeres Inſtitutes vorerſt vorausgeſetzt, haben wir nun damit die Fälle zuſammenzuhalten, wo nach Civilrecht das Teſtament, wegen des darin verletzten Notherbenrechtes gewiſſer Perſonen, als vollkommen vernichtet erſchien, alſo die Inteſtaterbfolge eröffnet wurde. Es fand dies, wie wir ſchon wiſſen, bei dem **filius in potestate** und ſämmtlichen **postumi sui** Statt. Wir müſſen zuerſt den negativen Theil unſerer Beweisführung abſolviren, und zeigen, daß die c. t. b. p. für dieſe Perſonen nie wahrhaft beſtanden hat, alſo noch viel weniger ihr ganzer Urſprung hier gefunden werden darf. Erſt dann wird der poſitive Beweis folgen können, daß die c. t. in der That für die Accrescenzerben eingeführt, und nachher auf Emancipirte ausgedehnt worden iſt.

Wir werden als das Reſultat jenes negativen Theils unſerer Argumentation den Satz gewinnen, daß die dem präterirten **fil. suus** und **postumus** gegebene b. p. allerdings den Namen der c. t. b. p. trägt, aber von der wahren c. t. völlig verſchieden iſt. Wir können ſie deßhalb wohl nicht unpaſſend die nominelle c. t. b. p. nennen. Es iſt zu prüfen, wie die Römer zu dieſer Terminologie gekommen ſind,

---

2) §. 3. I. de b. p.

3) Unter der Vorausſetzung, daß die c. t. für die Accrescenzerben eingeführt wurde, erklärt ſich dieſe Geſtaltung der c. t. ſehr natürlich, da ſie ein freilich ſtärkeres, aber doch dem civilen Accrescenzerbrecht ganz analoges Recht gewährt. Auch das Accrescenzerbrecht war **ex testamento**.

und, da sie doch keine Spielerei mit Worten getrieben haben werden, welche praktische Bedeutung derselben beizulegen sei.

I. Die nominelle contra tabulas b. p.

§. 72. Ich muß mit einer Widerlegung der vielen Ansichten beginnen, welche bisher über die Bedeutung der dem **filius** und den **postumi** zustehenden **b. p.** aufgestellt worden sind. Weil es in den Quellen allgemein heißt, die **c. t. p. b.** sei den **liberis praeteritis** gegeben, so glaubten die Bearbeiter des Römischen Rechtes nicht daran zweifeln zu dürfen, daß darunter auch die begriffen seien, welche schon nach Civilrecht das Testament im Fall der Präterition nichtig machen. Dieser Satz findet sich fast bei allen Schriftstellern, die deßhalb einzeln anzuführen ganz unnöthig sein würde. Den Meisten mußte er auch sehr natürlich erscheinen, da in früherer Zeit die Ansicht, daß durch die **c. t.** die Intestatsuccession eröffnet wurde, die vorherrschende war. Civil- und Prätorisches Recht wären also hiernach übereinstimmend. — Andere aber sahen ein, daß die **c. t. b. p.** keine Intestatsuccession ist, daß das Testament im Allgemeinen dabei als ein gültiges anerkannt wird, welches in einzelnen Theilen auch neben der **c. t. b. p.** vollkommene Wirksamkeit behält.

Sobald man dieses annahm, konnte es unmöglich einem auch nur schwachen Auge verborgen bleiben, daß hier eigentlich ein völliger Widerspruch vorliege. Der **filius** und die **postumi** vernichten das Testament, bei der **c. t. b. p.** wird es dagegen als gültig anerkannt. Wie sollen wir es nun erklären, daß jenen Beiden wegen ihrer Präterition die **b. p.** zustehe, durch welche das Resultat herauskäme, daß das Testament zu gleicher Zeit als gültig und ungültig erschiene?

Es sind sehr verschiedene Ansichten zur Erklärung dieser merkwürdigen Rechtsgestaltung vorgebracht worden, aber ich kann mich nicht überzeugen, daß bisher eine Lösung des Widerspruches gelungen ist.

1. Am wenigsten Widerlegung bedarf die Ansicht, daß freilich die **sui** das Testament für **nullum** erklären könnten: »**pietas tamen et modestia filii suadet, ut quam mollis-**

sime **paternum rescindatur judicium. Humanius parentum judicia per b. p. quam per jus dicendi nullum expugnantur** [1]).« Wenn die b. p. das Frühere, das Civilrecht das Spätere wäre, so ließe es sich allenfalls denken, daß man trotz Einführung des stärkeren Rechtes das schwächere zu beliebigem Gebrauch noch hätte bestehen lassen.

2. Sehr viel eher könnte man meinen, daß der Prätor die strenge Wirkung des Civilrechts mißbilligt und eben mit Aufhebung desselben sein milderes Rechtsmittel an die Stelle gesetzt hätte. In dieser Weise wäre also die c. t. b. p. noch in anderer Hinsicht corrigendi juris civilis causa eingeführt, als wir dies vorher schon anerkannt haben. In der That findet sich diese Ansicht schon in der Glosse [2]). **Maranus** [3]) führt sie noch genauer aus, dessen Argumentation hier in der Kürze mitgetheilt werden muß:

Er geht davon aus, daß die c. t. nicht für die Emancipirten eingeführt sein könne. **Suis igitur tantum aut iis qui suorum loco sunt, haec b. p. competit, eoque etiam pertinet, quod quaeritur, utrum is qui eam petit, in potestate et familia fuerit (fr. 6. §. ult. fr. 17. et ult. de c. t. b. p.). Neque nos movere debet, quod objectum est, testamentum in quo suus praeteritus sit, ipso jure non valere, atque ideo per b. p. c. t. non posse rescindi testamentum, quod ex se jam nullum est. Nam ut optime respondet Glossa, licet sit rescissum jure civili testamentum, aequitate tamen Praetoria est aliquid, unde infirmatur eo jure, quo subsistere fingitur. Qua responsione nihil aptius dici potest.**

---

1) Worte von **Wissenbach** Exerc. ad Pand. ad tit. de b. p. ſ. auch z. B. **Hahn** ad Wesenbec. ad tit. de c. t. b. p. **Schacher** Coll. Pract. ad tit. de c. t. b. p.

2) Glossa penult. ad l. ult. C. de b. p. c. t.

3) Ad tit. de b. p. c. t. (Opera omnia ed. Trotz 1741. p. 363 sqq.). — Außerdem iſt von den Neueren rückſichtlich der postumi **Blunt**ſ**chli** hieher zu rechnen. Er ſagt a. a. O. S. 72.: „Der Prätor erkannte den civilen Grundſatz: agnatione postumi testamentum rumpitur nicht an in ſeinem Syſteme". Rückſichtlich der filii dagegen gehört er zu einer anderen Klaſſe von Anſichten S. 66.

Es läßt ſich nicht leugnen, daß dies an und für ſich eine paſſende und natürliche Antwort iſt. Es ließe ſich recht wohl denken, daß der Prätor etwas civilrechtlich Ungültiges für gültig angenommen hätte, alſo wirklich dem Civilrecht direct entgegengetreten wäre. Aber mit den Beweiſen, daß dies nun wirklich hier geſchehen ſei, ſieht es doch ſchlimm aus. Maranus meint: daß der Prätor bisweilen civilrechtlich ungültige Teſtamente aufrecht erhalten habe, ſehe man aus **Ulp. XXIII. 6.**, und daß dies auch in unſerem Falle eingetreten ſei, folge aus **fr. 17. de inj. rupto test.** — Daß aber aus dieſer Stelle nichts zu entnehmen ſei, wird ſich im §. 95. zeigen. Maranus hat auch überhaupt bei den Worten: **aequitate Praetoria tamen est aliquid** gar nicht die Meinung, daß wirklich durch das Prätoriſche Recht das **civile** direct aufgehoben worden ſei, indem die **her. pet.** dem Präterirten gegen den **sec. tab. b. possessor** denegirt würde [4]). Indeß ſei doch auf indirecte Weiſe der **praeteritus** durch gedrohte Nachtheile bewogen worden, die **c. t.** zu agnosciren, und auf dieſe Weiſe das Teſtament ſelbſt als gültig anzuerkennen. Dem **filius in potestate** ſei nämlich, ſobald er **jure civili** die Erbſchaft antrete, ſogleich, auch noch vor Ablauf der Friſt, die **b. p.** denegirt, und dem **scriptus heres** alsbald **b. p. sec. tab.** gegeben worden, damit dieſer **molestiam creare praeterito, eumque lite et sumtibus vexare possit.**

Dieſe Beweisführung iſt nun freilich ſehr ſchwach, und ich würde ſie, da ſie einer Widerlegung nicht bedarf, ganz übergangen haben, wenn ſie nicht zeigte, zu welchen Gründen man ſeine Zuflucht nehmen muß, um eine Anſicht zu ſtützen, die doch auf den erſten Blick eine recht dankbare und natürliche zu ſein ſcheint.

3. In neuerer Zeit hat man deßhalb, freilich mit ſehr verſchiedenen Nüancirungen, noch wieder einen anderen Erklärungsweg eingeſchlagen. Der Prätor habe nicht durch Drohung von Nachtheilen das Civilrecht eigentlich aufheben wol-

4) Dieſe Anſicht iſt, ſo viel ich weiß, nirgends aufgeſtellt worden, und würde auch unmöglich bewieſen werden können.

len, wohl aber durch Anbietung von Vortheilen den praeteritus bewögen, die c. t. zu agnosciren. Diesem also habe die Wahl zugestanden, entweder nach Civilrecht das Testament zu vernichten, dann aber gewisser Prätorischer Vortheile zu entbehren, oder diese letzteren ergreifend sein Civilrecht aufzugeben, und durch Agnition der b. p. das Testament im Allgemeinen anzuerkennen. Als solche Vortheile der c. t. sind aber sehr verschiedene Punkte angegeben worden.

Hugo [5]) stellt zuerst unter den Neueren dies Wahlrecht des **filius in potestate** auf. Dieser habe im Fall der Präterition mit seinem emancipirten und zwar exheredirten Bruder die Erbschaft nicht zu theilen brauchen, falls er die c. t. agnoscirte; denn diese läßt, wie wir nachher noch sehen werden, im Allgemeinen allerdings die Exheredationen bestehen. Wenn er sich dagegen mit seinem Civilrecht begnügte, so konnte er die Concurrenz des **emancipatus exheredatus** nach den Regeln der b. p. **unde liberi** nicht hindern.

Förster [6]) erkennt ebenfalls das Wahlrecht an. Es habe freilich dem **fil. suus** freigestanden, nach Civilrecht **ab intestato** zu succediren. Aber durch die c. t. seien ihm so bedeutende Vortheile gewährt (so z. B. habe er nur dadurch den emancipirten Bruder zur Collation zwingen können) [7]), daß es wohl meist nicht klug gewesen wäre, dieselbe zu versäumen. Bisweilen würde indeß diese c. t. als **unde liberi** angesehen [8]), so daß es keinem Bedenken unterliege, daß wenn der **filius suus** die c. t. omittire, und entweder die **unde liberi** selbst erbitte, oder bloß **her. aditio** vornehme, die Intestaterbfolge eröffnet werde, zu welcher dann auch Andere, Emancipirte und Exheredirte, mittelst der b. p. **unde liberi** gelangen könnten.

---

5) In seiner Doctordissertation de bonorum possessionibus. Halle 1788. §. 15.

6) De b. p. liber. praeter. contra tabulas par. diss. (Breslau 1823.) p. 151. 389. 400.

7) Andere Vortheile, welche die c. t. sonst noch enthalten habe, werden nicht angegeben.

8) Diesen wichtigen Satz führt übrigens Förster nicht weiter aus.

Bluntſchli [9]) wird von Fabricius [10]) eines „lächerlichen“ auf zwei einander folgenden Seiten ſich findenden Irrthums angeklagt. Ich kann dies indeß nicht finden. Bluntſchli iſt im Weſentlichen mit ſeinen Vorgängern einverſtanden. Er ſetzt ebenfalls ein Wahlrecht des Hausſohns voraus, und nimmt als Vortheile der c. t. die beiden Punkte an, von denen Hugo den einen, Förſter den anderen angegeben hatte, nämlich Ausſchließung des **exheredatus** [11]) und Collationspflicht des **emancipatus**. Nur macht Bluntſchli in Beziehung auf erſteren Punkt wegen **fr. 1. §. 9. si tab. test. null.** eine Ausnahme. Der **emancipatus exheredatus** ſei nämlich allerdings auch neben dem **fil. suus praeteritus**, welcher **b. p. c. t.** agnoscirte, zugelaſſen worden. Eine Ausnahme von der Regel machen iſt aber doch noch kein Widerſpruch. Richtig indeſſen iſt freilich weder Regel noch Ausnahme.

Francke [12]) hat nämlich zuerſt richtiger die Bedeutung von **fr. 32. de lib. et post.** und **fr. 1. §. 9. si tab. test. nullae** erkannt, welche dann von Fabricius noch genauer ausgeführt worden iſt [13]). Es fällt damit die Hugoſche Annahme, daß der Hausſohn durch Agnition der c. t. den exheredirten Bruder ausſchließen könne, entſchieden zuſammen, und was den anderen Punkt betrifft (die Collation des **emancipatus**), ſo nimmt auch dafür Francke ſchon an einem anderen Orte [14]) mit Recht keinen Unterſchied zwiſchen der c. t. und **unde liberi b. p.** an. In der That wird ja auch ausdrücklich **ea pars edicti** erwähnt [15]), **qua intestato patre mortuo emancipatus ad b. p. admissus ad collati-**

9) Erbfolge gegen den letzten Willen S. 108. 109. (1829.)

10) B. p. S. 214. Note.

11) Dieſe gründet er auf **fr. 32. de lib. et post.**, was freilich ganz unzuläſſig iſt.

12) Notherbenrecht S. 141. unten.

13) B. p. S. 211 ff.

14) Civ. Abh. S. 178.

15) **Fr. 20. §. 1. de b. p. c. t.** — Hier wird ausdrücklich hervorgehoben, daß im Edicte abgeſondert ſowohl bei der c. t. als **unde liberi b. p.** von der Collation die Rede war.

onem compellitur. Da die Collation gar nicht auf einer Eigenthümlichkeit der c. t. beruht, so war es sehr natürlich, daß sie für beide ordines eingeführt wurde, vielleicht ganz zu gleicher Zeit [16]). Daß die Römischen Juristen hauptsächlich bei der c. t. von ihr sprechen, kommt daher, weil diese in ihrem System zuerst abgehandelt wurde.

Bisher also sind wir noch um keinen Schritt weiter gekommen. Ein Vortheil, den die c. t. dem Civilrecht gegenüber hätte, ist noch nicht gefunden. Als solchen stellt nun aber Francke, wie wir schon wissen, den auf, daß durch die c. t. der Instituirte verhindert werden konnte, mittelst der sec. tab. den Besitz der Güter und das Int. quor. bon. zu erlangen. Also der Prätor hätte, nachdem er erst die sec. tab. geschaffen habe, sich gegen die Wirkungen derselben nicht anders helfen können, als durch Aufstellung einer neuen ihr entgegenwirkenden b. p., welche damit also ein remedium contra remedium wäre. — Jedenfalls hat diese Ansicht von allen, die wir bisher kennen lernten, den meisten Schein für sich, weßhalb sie denn auch neuerdings, wie ich oben schon angab, mehrfachen Beifall gefunden hat. Es muß aber noch bemerkt werden, daß in dieser Ansicht die neuere Zeit ganz mit älteren Juristen übereinstimmt, indem schon Cujacius [17]) und nach ihm Perez [18]) durchaus dasselbe vortragen.

---

16) Fein (Collation §. 2.) denkt sich ohne Grund die Vorschrift der Collation umgekehrt für den ordo unde liberi eingeführt, und dann auf die c. t. b. p. übertragen; so wie er denn auch Note 28. nur die zwei Möglichkeiten aufstellt, daß das Notherbenrecht zugleich oder erst nach dem Intestaterbrecht der emancipati eingeführt sei. Also jedenfalls wäre doch die b. p. unde liberi das Vorbild für die c. t. gewesen; während die Quellen es gerade umgekehrt auffassen. Allerdings aber meine auch ich, wie später angegeben werden wird, daß das Notherbenrecht und das Intestaterbrecht der emancipati ganz zu gleicher Zeit, aber nur nicht Ersteres später als Letzteres eingeführt sein kann.

17) Recitationes in Codic. ad tit. de c. t. b. p. Ebenso Recit. ad tit. D. de c. t. b. p. (Opera post. Francof. 1596. p. 933.).

18) Praelectiones in Cod. ad tit. de c. t. b. p. (1651). — Ferner führen Beide außerdem noch eine andere utilitas der c. t. an, daß wenn der Notherbe im ersten Grade präterirt, im zweiten erhere-

§. 73. Dieſe Anſicht ruht lediglich auf der Vorausſetzung, die man freilich bisher immer als unzweifelhaft richtig angeſehen hat, daß, wenn es auch von vorn herein klar war, das Teſtament ſei **jure civili nullum**, dennoch, nach Ablauf der Friſt für die **c. t.**, jedenfalls immer daraus die **sec. tab. b. p.** ertheilt wurde. Es konnte hier ja doch den Erforderniſſen genügt werden, welche der Prätor im Edicte für Erlangung der **sec. tab.** aufgeſtellt hatte. Das Teſtament (bei dem wir ja lediglich das **vitium** der Präterition eines **filius** oder **postumus suus** vorausſetzen) war mit ſieben Siegeln verſehen, der Erblaſſer war als **civis Romanus** und **suae potestatis** geſtorben. Es ſchien alſo gar kein Bedenken möglich, daß hier die **sec. tab. b. p.** ertheilt werden müſſe.

Dieſe ganze Vorausſetzung iſt nun aber, wie ich glaube, durch meine in dem erſten Bande enthaltene Darſtellung der **sec. tab. b. p.** hinweggeräumt, und ſo muß denn nothwendig auch die Folgerung fallen, welche daraus für die Bedeutung und Entſtehung der **c. t.** abgeleitet worden iſt. Ich kann mich hier begnügen, folgende kurze Sätze zuſammenzuſtellen, die, wie mir ſcheint, in ſchlüſſigem Zuſammenhange ſtehen.

Die **sec. tab. b. p.** muß jedenfalls *Anfangs* (als eine **confirmandi jur. civ. gratia** gegebene Klaſſe) ſo aufgefaßt werden, daß der Prätor lediglich die Abſicht hatte, dem *Civilerben* zum raſchen Beſitz des Vermögens zu verhelfen. Aber gerade weil dies Ziel *raſch* erreicht werden ſollte, konnte auch der Prätor nicht volle Gewißheit verlangen, daß es in der That ein wahrer Civilerbe ſei, alſo das Teſtament gar keinen Mangel habe. Er mußte ſich mit einer *Wahrſcheinlichkeitsrechnung* begnügen, aber darin liegt ſchon, daß wenn der Wahrſcheinlichkeit die entgegengeſetzte Wahrheit gegenüber tritt, jene von ſelbſt in Nichts zerfällt. Mithin mußte, wenn ſich ein Nichtigkeitsgrund des Civilrechts zeigte, die **b. p.** als **non data** zuſammen fallen, und wenn derſelbe

dirt ſei, er nach Civilrecht, nicht aber nach Prätoriſchem, ausgeſchloſſen ſei. Daß aber auch dies unbegründet iſt, wird weiter unten gezeigt werden.

ſchon vorlag, ſo konnte gar keine b. p. ertheilt werden [1]). Allerdings iſt der Prätor hievon abgegangen, er hat in gewiſſen Fällen die Gültigkeit der b. p. anerkannt, auch wo das Teſtament **jure civili** aus gewiſſen Gründen nichtig war. Aber die Ausnahmen, welche ſich hier bildeten, und die wir im vierten Kapitel kennen lernen werden, umfaſſen jedenfalls nicht unſeren Fall, wo ein **filius** oder **postumus suus** präter-

---

1) Walter R. G. (2. Aufl.) §. 599. Note 15. widerſpricht dieſer hier im Texte kurz zuſammengefaßten Anſicht. Die Gründe, welche ihr entgegenſtehen ſollen, werden im folgenden Buche geprüft werden. Hier muß ich nur bemerken, daß Walter ſeine Mißbilligung mit Unrecht auch auf Fabricius erſtreckt, als wenn dieſer bereits daſſelbe geſagt hätte. Fabricius behauptet nur, wie ſchon vorher Treckell und Dernburg, daß es zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten kein Prätoriſches Teſtament gegeben habe (ſ. Bd. I. S. 145.). Meine Anſicht dagegen von der Bedeutung der sec. tab. b. p. (Bd. I. S. 170.), die Walter a. a. O. mittheilt, ſteht mit der über das Prätoriſche Teſtament nur in dem Zuſammenhange, daß wenn es letzteres wirklich gäbe, jene freilich nicht richtig ſein könnte. Aber ebendeßhalb iſt, abgeſehen von anderen Beweiſen gegen das Prätoriſche Teſtament, meine Entwickelung vom Weſen der sec. tab. ein neuer ſich an die frühern ſchon vorgebrachten Gründe anſchließender Beweis, daß von einem Pr. Teſt. gar nicht die Rede ſein kann (Bd. I. S. 200.). In Bezug aber auf dies Weſen der sec. tab. iſt Fabricius mir gerade entgegengeſetzt. Er nimmt an, daß wenn die 7 Siegel vorhanden waren, ſtets eine b. p. ertheilt wurde (S. 157.), daß wenn die Präterition des Sohns bekannt wurde, die b. p. nicht non data war, ſondern nur durch den legitimus zur sine re gemacht werden konnte (S. 124. oben). Dies iſt aber gerade der entſchiedene Punkt, denn wenn der b. p. nur durch her. pet. der effectus entzogen werden konnte, ſo wurde keine folgende b. p. (unde liberi) mehr ertheilt. Und wenn nun auch noch der andere Satz richtig wäre, daß der Prätor, ſelbſt im Fall die Präterition des filius ihm unzweifelhaft bekannt war, doch die sec. tab. b. p. ertheilte, ſo würde dann freilich folgen, daß der Prätor dem filius nur durch Aufſtellung der c. t. zum Int. quor. bon. verhelfen konnte. Und dies ſpricht auch Fabricius (S. 224.) ganz entſchieden aus. Er iſt alſo durchaus der Franckeſchen Anſicht, kann daher auch nicht meinen, daß die Ertheilung der sec. tab. bloß eine Präſumtion „für das Vorhandenſein aller civilrechtlichen Requiſite war, deren Mißlingen das Wegfallen der ertheilten b. p. zur Folge hatte.“

irt iſt, und Anſprüche auf die Erbſchaft macht. Die Quellen deuten uns mit keiner Spur darauf hin, und es hat auch bisher noch Niemand eine derartige Behauptung aufgeſtellt.

Wenn aber unſer Fall nicht unter die Ausnahmen gebracht werden kann, ſo müſſen wir ihn nach der Regel beurtheilen. Darin aber liegt Folgendes. Der Prätor erkannte den Satz des Civilrechts vollkommen an, daß die Präterition des Hausſohns und der **postumi** ein vernichtendes **vitium** der Teſtamente ſei. Alſo er denegirte wie aus jedem anderen völlig ungültigen (z. B. einem durch ein ſpäteres rumpirten) Teſtamente von vorn herein die Ertheilung der **b. p.**, ſobald das **vitium** ihm ſchon bekannt war, und es wurde mithin gleich vom **mortis tempus** die Friſt der **b. p. unde liberi** berechnet [2]). Der Hausſohn konnte alſo gleich von Anfang an durch Agnition der **b. p. unde liberi** das **Int. quor. bonorum** erlangen. Wenn dagegen anfangs allerdings die **sec. tab.** erbeten worden war, aber die Ungültigkeit des Teſtaments dann hinterdrein zum Vorſchein kam (auch ohne Anſtellung einer beſonderen **her. pet.**), ſo galt die **b. p.** als **non data**, nicht aber als **sine re**, und daraus folgt, daß ſogleich ein präterirter Hausſohn aus der folgenden Klaſſe **unde liberi** die **b. p.** agnosciren konnte.

Wir kommen alſo ſtets auf daſſelbe Reſultat, daß nämlich immer der Hausſohn zum **Int. quor. bon.** gelangen konnte, und ihm der **scriptus heres** keineswegs im Wege ſtand. Wozu ſoll ihm alſo eine **c. t.** gegeben worden ſein? Man kann nicht einwenden, daß, wenn der Hausſohn in der angegebenen Weiſe die Ertheilung der **sec. tab.** gleich verhindern oder die ertheilte zur **non data** machen wollte, er

2) Ebenſo wie nach fr. 9. §. 1. **unde cogn.** wenn das Teſtament wegen Taubheit des Erbl. ungültig iſt, und der Cognat dies weiß, ſogleich **ex die mortis** die **b. p. unde cognati** läuft. So iſt denn auch hier für uns die Einſchränkung, daß die Friſt von da läuft, wo der Hausſohn ſeine Präterition erfuhr oder erfahren konnte. Man wird hier aber, wenn er ſich nicht darum bekümmerte es zu erfahren, ebenſowenig Umſtände mit ihm gemacht haben, wie mit dem Cognaten, der die Taubheit des Erblaſſers nicht gewußt zu haben behauptete.

doch einen besonderen Beweis von der Ungültigkeit des Testaments liefern mußte. Wir müssen die Nachweisungen, die zu liefern sind, ganz ebenso fassen, mag nun der Haussohn **c. t.** oder **unde liberi** haben agnosciren müssen. Denn, sei das Eine oder das Andere richtig, so wird doch jedenfalls auf beiderlei Weise dem **scriptus heres** sein Recht entzogen, und der Prätor kann dies unmöglich ohne Vorbringung und Rechtfertigung von Gründen gethan haben. Welche bedingenden Beweise wir uns hier aber zu denken haben, wird später noch besonders geprüft werden. —

Das bisher Gesagte ist eine nothwendige Schlußfolgerung aus dem Wesen der **sec. tab.**, wir finden es nun aber auch ausdrücklich durch, wie mir scheint, ganz entscheidende Aussprüche unserer Quellen bestätigt. Dies giebt uns eine neue Bürgschaft, daß Alles, was wir über die **sec. tab.** gesagt haben, richtig sei, da es consequent zu Resultaten führt, die nun auch wieder mit äußeren Quellenzeugnissen übereinstimmen.

Der Satz: Die **b. p.** des präterirten Haussohnes ist stets eine **b. p. unde liberi** [3]), folgt zuerst schon aus Ulpian **XXII. 16.** Gaius **II. 123.** und Papinian in **fr. 1. de injusto rupto test.** Alle drei Juristen geben die völlige Nichtigkeit des Testaments als etwas ganz Allgemeines und Entschiedenes an. Es scheint mir gar nicht denkbar, daß sie hier bloß das Civilrecht hätten erwähnen können, wenn der Prätor den civilrechtlichen Satz nicht vollkommen anerkannt hätte. Die Römischen Juristen sprechen von dem überhaupt geltenden Recht, und wenn also Modificationen durch den Prätor hervorgerufen sind, so mußte das doch bemerkt werden, da es ja eine Verkehrtheit gewesen wäre, bei der Darstellung des Civilrechts das Prätorische gleichsam ganz zu vergessen, eine Verkehrtheit, wofür wir sonst in der Darstellungsweise der Römischen Juristen keine Beispiele finden. Namentlich scheint mir, sobald man des Gaius Institutionen unbefangen durchliest, sehr deutlich einem Jeden die Ueberzeugung sich aufdringen zu müssen, daß wir auf sein Stillschweigen ebenso sicher bauen dürfen, wie auf das, was er ausdrücklich sagt. Gerade im

3) Oder vor Aufstellung dieser besonderen Klasse: **unde sui.**

Erbrechte ſehen wir ihn, wenn er auch hauptſächlich das Civilrecht darſtellt, doch nie verfehlen, am paſſenden Orte wenn auch nur kurz die Emendationen anzugeben, welche dem Civilrechte durch den Prätor hinzugefügt ſeien, wogegen er das, was ſich nicht mehr als wahre Emendation des Civilrechts auffaſſen läßt, allerdings übergeht.

So haben wir ſchon geſehen, daß er den **ordo unde cognati** als Verbeſſerung der Cognatenklaſſe noch angiebt, während er rückſichtlich der übrigen **gradus** auf ſein anderes Werk verweiſt. Ebenſo ſcheint mir auch großes Gewicht gelegt werden zu dürfen, nicht bloß auf das, was Gaius wirklich von der **c. t. b. p.** ſagt, und an welchen Stellen er von ihr redet, ſondern auch ebenſoſehr, was er nicht von ihr ſagt, und an welchen Stellen er, wenn die **c. t.** hier Bedeutung gehabt hätte, doch nothwendig von ihr hätte ſprechen müſſen. Hier beim Hausſohn iſt gar nicht davon die Rede, und ſo dürfen wir denn auch annehmen, daß die Nichtigkeit des Teſtaments und die Eröffnung der Inteſtatſucceſſion allgemein praktiſches Recht war, welches auch nicht einmal darin vom Prätor modificirt wurde, daß man ihn durch Anbietung von Vortheilen zum Aufgeben ſeines Civilrechts hätte bewegen wollen. Dies beſtätigt auch vollkommen Paulus in **fr. 7. de lib. et post.**:

> **Si filius, qui in potestate patris est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur: et eo jure utimur.**

Paulus erwähnt die Praxis beſonders wegen der entgegenſtehenden Anſicht der Proculianer [4]); hielt man aber an dem ſtrengen Satze des Civilrechts feſt, ſogar wenn der Notherbe bei Lebzeiten des Erblaſſers wieder weggefallen war, ſo iſt doch noch viel weniger zu denken, daß, wenn er da war und Anſprüche machte, man davon abgegangen wäre.

Alſo ſchon die Art, wie die Römiſchen Juriſten das Civilrecht darſtellen, zeigt, daß der Prätor ſich von demſelben gar nicht entfernt haben kann. Dies wird nun zur Gewißheit erhoben durch drei Stellen, worin geradezu von dem Prä-

4) Gai. II. 123.

toriſchen Rechte in Bezug auf unſere Frage die Rede iſt. Sie betreffen an und für ſich drei verſchiedene Fälle, aber um ſo ſicherer wird dadurch unſer Satz von verſchiedenen Seiten aus beleuchtet.

1. Ein exheredirter **emancipatus** kann wegen Präterition ſeines in der Gewalt gebliebenen Bruders ſogleich **b. p. unde liberi** erbitten:

> **Fr. 1. §. 9. si tab. test. null. — Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat, praeteritus: emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi, tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset.**

Hier wird alſo geradezu auch für das Prätoriſche Syſtem der Grund angegeben, es ſei ſo, als wenn der Erblaſſer gar kein Teſtament hinterlaſſen hätte, und daraus folgt eben von ſelbſt nach der allgemeinen Regel [5]), daß die erſte Klaſſe der Inteſtatſucceſſion eintritt.

2. Wenn daher der **emancipatus** dennoch die **c. t. b. p.** agnoscirt, ſo iſt das irrthümlich geſchehen, und hat gar keine Bedeutung.

> **Fr. 32. de lib. et post. — Si filio emancipato exheredato, is qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.**

Hieraus ſieht man recht klar, wie gar nicht daran gedacht wird, daß in einem ſolchen Falle noch eine **sec. tab. b. p.** agnoscirt werden könnte. Denegirte nicht der Prätor dem **scriptus** dieſelbe, ſo könnte ja der Juriſt gar nicht ſagen, daß beide Söhne entſchieden **ab intestato** nach Prätoriſchem Rechte ſuccedirten, wovon doch eben die Rede iſt.

3) Endlich wenn der präterirte **filius suus** ſelbſt die **c. t.** agnoscirt, ſo hat dies ebenfalls gar nichts zu bedeuten, ſon-

---

5) Fr. 1. §. 1. quis ordo. — Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, intestati datur b. p.

dern es wird so gehalten, als habe er die b. p. unde liberi erbeten:

> Fr. 15. pr. de legatis praest. — Is qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, cum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure.

Dem filius darf gar nicht eingeworfen werden, er habe durch Agnition der c. t. das Testament anerkannt (nec doli mali exceptio noceat). Darin liegt eben, daß die c. t. b. p. ein gültiges Testament voraussetzt, und natürlich auch umgekehrt, daß, wo das Testament nichtig ist, keine c. t. statt finden kann. Wir dürfen also auch nicht mit Fabricius [6]) sagen: die c. t. b. p. des (filius) suus praeteritus sei juris civ. confirmandi causa eingeführt, denn dann wäre sie doch eine wahre c. t., ebenso wie die sec. tab., die zur Confirmation des Civilrechts dem scriptus gegeben wurde, um demselben zum Int. quor. bon. zu verhelfen. Hier ist's gerade nicht so, es ist nicht der alleinige und nothwendige Weg zum Interdict, sondern auch wenn sie unter diesem Namen agnoscirt war, so ist es doch gar keine wahre c. t. b. p. Und so konnten wir sie denn auch wohl am Einfachsten die nominelle c. t. b. p. nennen. —

Dasselbe, was wir aus diesen drei Stellen sehen, läßt sich auch noch durch ein anderes Quellenzeugniß belegen, auf dessen genauere Interpretation wir später noch zurückkommen werden. Es ist eine Grundregel der c. t. b. p. — exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit [7]). Beides, die Adition nach Civilrecht, und die Agnition, konnte, wie wir jetzt wohl annehmen dürfen, aus solchem nichtigen

6) B. p. S. 218.
7) Fr. 19. de c. t. b. p.

Teſtamente nicht ſtatt finden, und ſo iſt auch die c. t. b. p. unzuläſſig.

§. 74. Mit dem im vorigen § gewonnenen Reſultate können wir uns aber doch nicht genügen laſſen. Wenn die b. p. des präterirten Hausſohns nur dem Namen nach eine c. t., dem Weſen nach aber eine **unde liberi** iſt, woher kommt es denn überhaupt, daß ſie in den Quellen den Namen der erſteren führt, was allerdings ganz entſchieden der Fall iſt? Weßhalb nannte man ſie nicht auch nach dem, was ſie wirklich war? Ein unnützes und verkehrtes Spiel mit Worten können wir doch den Römern unmöglich zutrauen, und ſo muß denn die Aufnahme der Hausſöhne auch nur unter den Namen der c. t. b. p. ihre reellen Gründe haben.

Ich glaube in der That, daß ſich deren vollkommen genügende aus den Quellen nachweiſen laſſen, die aber nichtsdeſtoweniger den Satz ganz unafficirt laſſen, daß die nominelle c. t. eine reine **b. p. unde liberi** und keineswegs der Weg zur Erlangung des Interdicts iſt.

1. Den erſten Grund kann ich am wenigſten aus den Quellen, aber wie mir ſcheint genügend aus der Natur der Sache rechtfertigen. Er iſt überhaupt der unbedeutendſte. Man könnte nämlich auf den erſten Blick meinen, daß, wo in den Quellen von einer c. t. b. p. des Hausſohns die Rede iſt, die Juriſten immer von einer irrthümlich agnoscirten ſprächen, welche denn doch keine nachtheiligen Folgen für den Irrenden haben ſollte. Darin liegt allerdings das Richtige, daß wenn in der That ein ſolcher Irrthum vorgekommen war, wie ihn **fr. 32. de lib. et post.** ſehr deutlich vorausſetzt, dies weder dem Präterirten ſelbſt, noch ſeinem emancipirten Bruder etwas ſchadet. Sie gelten ganz ſo, als wenn ſie Beide gleich von vorn herein mit klarem Bewußtſein ſich die **b. p. unde liberi** erbitten [1]).

Aber in dieſer Weiſe laſſen ſich die meiſten anderen Stellen, welche von der c. t. des Hausſohns reden, nicht verſte-

1) Von dieſem letzteren Falle ſpricht das **fr. 1. §. 9. si tab. test. null.**

hen. Abgesehen von denen, welche der Verlauf der Darstellung mit sich führen wird, gehört hieher schon das dritte der im vorigen § mitgetheilten Hauptfragmente. In den andern beiden ist direct nur von der Agnition des emancipirten Bruders aus der Person des **filius fam.**, in dem **fr. 15. pr. de legat. praest.** aber von der Agnition dieses Letzteren selbst die Rede. Indem der Jurist davon spricht, ob bei ihm eine Anerkennung des Testamentes anzunehmen sei, muß er doch voraussetzen, daß der Agnoscirende mit klarem Bewußtsein handelte und nicht schon auf einen entschuldbaren Irrthum sich berufen konnte, und wenn Paulus seine Entscheidung nur auf das Vorhandensein eines Irrthums gestützt hätte, so wäre, da er diesen Grund nicht erwähnt, die ganz allgemeine Antwort, die er abgiebt, unrichtig.

Es läßt sich nun aber auch recht wohl erklären, daß Fälle vorkommen konnten, wo ein präterirter Hausſohn gerade in Folge wohlüberlegter Berechnung die **c. t. b. p.** agnoscirt, und der Prätor sie ihm unmöglich verweigern konnte. Es stand fest, daß er ein Sohn des Verstorbenen, und in dessen Testament präterirt war, aber es konnte in verschiedener Weise ihm zweifelhaft sein, ob er von der väterlichen Gewalt befreit sei oder nicht, er konnte sich selbst für einen **filius fam.** halten und es in der That sein, aber doch eine Anfechtung dieses **status** von Anderen befürchten. Solche Fälle werden ja mehrfach in den Quellen erwähnt [2]), und es ließ sich in der Zeit, wo die Frist der **b. p. c. t.** ablief, und ohne die Behauptungen eines bestimmten Gegners die Sache vielleicht oft gar nicht gleich constatiren. Es war also sehr gerathen, daß er sogleich die **c. t.** erbat, um sich jedenfalls sein Erbrecht zu wahren, welches er sonst, falls sein Heraustreten aus der Gewalt sich bestätigte, völlig verloren hätte. Daß der Prätor ihm die **b. p.** nicht verweigern konnte, ist unzweifelhaft, da ja nur darin Ungewißheit vorhanden war, ob die **c. t.** oder das noch vollere Civilrecht ihm zustehe.

2. Aber solche Fälle sind doch nur selten; sie zeigen, daß allerdings ein Hausſohn auch im eigenen Interesse wohl

2) **Fr. 6. §. 4. fr. 15. fr. 16. fr. 34 pr. de acq. vel om. her.**

einmal die c. t. erbitten konnte; dagegen ist es dabei nicht minder richtig, daß, wenn seine Qualification als Hausſohn vollkommen feſtſtand, ſeine b. p. ſtets eine unde liberi war. Die eigentliche praktiſche Bedeutung, welche die nominelle c. t. b. p. bei den Römern hatte, ſcheint mir in dem bisher Geſagten noch gar nicht angegeben zu ſein. Dieſe liegt nämlich in dem Verhältniß des präterirten Hausſohns zu anderen Notherben, die in demſelben Erbfalle nebeneinander ſtehen. Die Quellen ſelbſt führen uns hierauf, indem in den meiſten unſere nominelle c. t. erwähnenden Stellen (und ſo auch in dem fr. 15. pr. de legat. praest.) gerade von einer ſolchen Concurrenz mehrer Notherben die Rede iſt.

Es iſt bekannt, daß die Römer nicht gern verſchiedenartige Succeſſionen in einem und demſelben Erbfalle neben einander haben. Der Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest erklärt ſich daraus. Wenn ſie nun gerade bei der c. t. ungleichartige Succeſſionen freilich keineswegs vermeiden konnten, wie wir das ſpäter noch genauer kennen lernen werden, ſo war es doch ſehr natürlich, daß ſie derartige Fälle nicht gern unnütz vermehrten. Man denke ſich aber, wie ſich im praktiſchen Leben die Sache ſehr häufig geſtalten mußte. Nehme man, daß Jemand mehre Kinder hinterläßt, z. B. einen Hausſohn, einen Accrescenzerben und einen Emancipirten. Es ſind hier ſehr complicirte Fälle denkbar, wenn man den Einen als inſtituirt, den Anderen als präterirt, den Dritten als exheredirt annimmt. Die Einen konnten aus eigener Perſon ein Recht auf die c. t. haben, agnoscirten alſo gleich dieſelbe. Daneben konnte dann aber noch ein präterirter filius fam. ſtehen, und was war natürlicher, als daß nun der Prätor, um die Erbverhältniſſe der Kinder gleich auf einmal zu reguliren, ſie alle in derſelben Friſt zuſammenrief, alſo gerade in der erſten Friſt, der der c. t. b. p., welche ja Einzelnen von den Kindern deferirt ſein konnte. Das Civilrecht des filius suus war nur noch vollſtändiger, es war im Gegenſatz zur c. t. b. p. das majus, letztere das minus. Aber gerade deßhalb konnte man auch ſagen, daß das minus in dem majus begriffen ſei, daß alſo der Hausſohn gleich mit ſeinen Brüdern zuſammen die

c. t. agnosciren dürfe. Darin sollte freilich nicht liegen, daß in der Anerkennung des **minus** ein Verzicht auf das **majus** enthalten sei, die **b. p.** wurde für den Hausſohn immer nach den Grundſätzen der **unde liberi** beurtheilt, aber da doch Alle in derſelben Friſt vereinigt waren, ſo nannte man ſehr natürlich die **b. p.** aller **liberi** die **c. t. b. p.**

Aber hiebei blieb man nicht ſtehen. Um die Succeſſion ſämmtlicher **liberi** ganz bei einander zu haben, mußte man auch die Inſtituirten herbeiziehen. Es geſchah dies bekanntlich durch die **b. p. commisso per alium edicto**, von der unten noch mehr die Rede ſein wird. Aus der Perſon deſſen, der die **c. t.** hat, wird ſie hier dem inſtituirten Bruder mitgetheilt, damit ſie Alle unter Einer gleichartigen Succeſſion ſtänden. Darnach mußte denn ſowohl der inſtituirte Hausſohn aus der Perſon des Emancipirten, als auch umgekehrt der inſtituirte **emancipatus** aus der Perſon des präterirten Hausſohns die **c. t.** ableiten können. Denn in dem **majus** liegt ja das **minus**, und alſo wenn auch für den **filius fam.** ſtets die Inteſtatſucceſſion gilt, ſo theilt er doch ſein Recht, da das Ganze unter der Leitung des Prätors ſteht, unter der Geſtalt der Prätoriſchen **c. t.** den Uebrigen mit. Ich kann dies Alles hier nur erſt andeuten, und verweiſe einſtweilen namentlich auf **fr. 8. §. 14. de b. p. c. t.** und **fr. 16. de legat. praest.** Weiter unten bei der Entwicklung des Princips der **c. t.**, ſowie der verſchiedenartigen Concurrenzfälle mehrer Notherben, wird es erſt klarer einleuchten können, daß das natürliche Streben, die **c. t.** über die ganze Erbſchaft herrſchen, und ſämmtliche **liberi** ſoviel als möglich gleichartig ſuccediren zu laſſen, die nominelle **c. t. b. p.** hervorrufen mußte, wobei man doch aber immer bei dem Satze blieb, daß der Hausſohn für ſeine Perſon ſtets das **majus** habe, wenn er auch Anderen nur das **minus** daraus mittheile.

§. 75. Bisher iſt rückſichtlich der nominellen **c. t. b. p.** vornehmlich vom präterirten Hausſohn die Rede geweſen, weil auch die mir entgegenſtehenden Schriftſteller bei ihrer Anſicht über den Urſprung der **c. t.** denſelben hauptſächlich im Auge haben. Indeß iſt gleich von vorn herein zu vermuthen, daß

sie Aehnliches, als was beim **filius jam natus** anzunehmen sei, auch auf die **postumi sui** übertragen, da diese ja ebenso wie der Haussohn nach Civilrecht die Intestatsuccession eröffneten [1]).

Dieselben Gründe aber, welche gegen die **c. t. b. p.** des Haussohns bestehen, sprechen auch gegen die **postumi**; wir dürfen also schon deßhalb annehmen, daß die **c. t.** nicht im Stande war, ihnen Vortheile zu gewähren, welche nicht ebenso auch die Intestatsuccession mit sich führte, die das Civilrecht in Folge ihrer Präterition eröffnete [2]). Wir begegnen hier aber noch einer ganz eigenthümlichen Ansicht, wonach der Prätor in Bezug auf die **postumi** viel weiter gegangen wäre, als beim Haussohn, und deßhalb reicht denn auch unsere auf den Letzteren sich beziehende Widerlegung noch nicht hin. Förster, Bluntschli und Mühlenbruch nämlich (s. Note 1.) nehmen hier eine wahre Umänderung des Civilrechts durch den Prätor an. Im Prätorischen Rechte seien die **postumi** in einem viel beschränkteren Umfange anerkannt worden, man habe darunter nicht alle nach der Testamentserrichtung, sondern lediglich die nach dem Tode des Erblassers Geborenen verstanden.

Wenn aber in der That der Prätor den Begriff der **postumi** einschränkte, so liegt darin, daß nun das weitere Civilrecht außer Geltung gesetzt war, indem natürlich der Prätor in der Praxis seine Regel in Anwendung hat treten lassen. Und so sagt auch Bluntschli, dem Mühlenbruch hier offenbar beistimmt, ausdrücklich: alle **postumi** (außer den nach dem Tode des Erblassers Geborenen) hätten sich durchaus nicht von den schon zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Kindern unterschieden und die **c. t. b. p.** erhalten. Meint Bluntschli unter diesen Kindern die **filii in potestate**, so hätte der Prätor überhaupt nichts verändert, denn diese succedirten ja eben,

1) Namentlich hebt Fabricius (S. 37) dies hervor. S. auch **Foerster** p. 148. n. 13. Bluntschli S. 71 ff. Mühlenbruch Comm. **XXXVII.** S. 72.

2) Ich spreche hier bloß von den präterirten postumi, welche den Erblasser überleben und Ansprüche auf die Erbschaft machen. Die Fälle, wenn sie schon vor dem Erblasser verstorben waren, oder ihre Ansprüche aufgaben, werden in dem vierten Kapitel besprochen werden.

wie wir gesehen haben, nach Civil- und Prätorischem Rechte **ab intestato**. Meint er dagegen (und dies muß wohl seine Ansicht sein [3]), da ja der Prätor hier etwas Besonderes festgesetzt haben soll) —, daß jene **postumi** den Accrescenzerben gleichgestellt worden wären, so hat ihnen danach also der Prätor ihr Civilrecht, in Folge dessen sie als **postumi** gelten und Intestatsuccession eröffnen, denegirt, und sie gezwungen, die **c. t.** zu agnosciren.

Diese Rechtsumstoßung ist aber so auffallend, daß wir sie nur in Folge der schlagendsten Gründe annehmen könnten. Sie ist deßhalb so auffallend, weil ein solches directes Entgegentreten wider die Regeln des Civilrechts beim Hausſohne von Niemandem behauptet wird, und nun sich gar nicht einsehen läßt, wie der Prätor dazu kam, gerade diesen **postumi** ihr Civil-Recht zu entziehen, während er den erst nach dem Tode des Erblassers Geborenen sowie den **filii jam nati** die Eröffnung der Intestatsuccession [4]) nicht versagt hätte. Wozu nun diese Ineleganz, daß gerade die zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers Geborenen anders gestellt sein sollen, als die welche vor und nach diesen Zeitpunkten zur Welt kamen?

Die Gegner antworten hierauf: der Prätor habe nun einmal bei der **c. t.** den Satz aufgestellt, daß es für den Be-

---

3) Recht deutlich ist hier übrigens weder Bluntschli, noch Förster und Mühlenbruch. Ersterer sagt: „Waren sie **sui**, so brauchten sie freilich diesen Theil des Edicts gar nicht zu benutzen, sondern konnten ihr Recht als civile Intestaterben behaupten" — nachher aber: „Uebrigens ist wohl zu berücksichtigen, daß sehr viele Fälle, wo nach Civilrecht Afterkinder vorkommen, hier gänzlich wegfallen." Also dieser zweite Satz ist doch die Einschränkung des ersten, und danach dürften denn nach Prätorischer Praxis nur die **sui**, die wirklich nach dem Tode des Erblassers geboren werden, ihr Intestaterbrecht geltend machen. — Dasselbe scheint auch Mühlenbruch, der sich auf Bluntschli beruft, zu meinen.

4) Denn in Beziehung auf diese behaupten jene Schriftsteller ja höchstens jenes oben mitgetheilte **Wahlrecht**, wonach man an der Geltendmachung des Civilrechts nicht verhindert, aber durch Anbietung von Vortheilen zum Verzicht auf dasselbe und zur Ergreifung der c. t. bewogen worden wäre.

griff der **postumi** nur auf die Todeszeit des Erblassers ankomme. Bei der c. t. handele es sich nicht an und für sich um die Gültigkeit des Testaments, sondern lediglich um die Berechtigung des Agnoscirenden, die natürlich erst nach dem Tode des Erblassers geltend gemacht werden könne.

Mir scheint hiermit aber der eigentliche Punkt, auf den es ankommt, gar nicht getroffen zu sein. Nach Civilrecht stehen, abgesehen vom **filius postumus**, alle übrigen **postumi sui** viel besser, als die **sui jam nati**. Sie eröffnen die Intestatsuccession, während Letztere nur das Accrescenzerbrecht haben. Nun aber handelt es sich bei der c. t. allerdings ganz vorzugsweise darum, ob das Testament gültig sei oder nicht; denn aus einem von vorn herein nichtigen Testament wird keine c. t. gegeben. Wir können hier also nur folgende Alternative aufstellen: entweder hat der Prätor den zwischen Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers Geborenen ebenso wie den später Geborenen, ihr volles Civilnotherbenrecht anerkannt, dann kann bei sämmtlichen **postumi** nur von einer nominellen c. t. b. p. die Rede sein; oder er hat den vor dem Tode Geborenen ihr eigenthümliches Civilrecht, das ihnen als **postumi** zustand, genommen, wonach denn alle diese **postumi** (außer etwa der **filius**) das Testament nicht **mehr** vernichteten, sondern sie nur gegen dasselbe als ein an und für sich gültiges die c. t. b. p. hatten. Dieser letztere **Theil** der Alternative wird aber durch jenen von den Gegnern angeführten Grund gar nicht bewiesen. Es ist darin allerdings das richtig, daß bei der c. t. b. p., wie überhaupt bei allen b. p., überhaupt nur der in Betracht kommt, welcher nach dem Tode des Erblassers vorhanden ist und Ansprüche macht. Von diesen **postumi** sprechen wir hier auch überhaupt nur (Note 2). Aber folgt denn daraus, daß der Prätor rücksichtlich des Grundes, worauf solche **postumi** ihr Erbrecht stützen, lediglich das **mortis tempus** berücksichtige, und auf diese Weise das ihnen zustehende Recht auf Intestatsuccession elidire? Logisch sehe ich hier nicht den geringsten Causalzusammenhang, und daß die Quellenzeugnisse, welche man für diese Folgerung angeführt hat, nichts beweisen, scheint mir sich nicht schwer zeigen zu lassen. Ich muß freilich hier die Hauptstelle (fr. 1.

§. 1. und 2. de c. t. b. p.) noch übergehen, die nachher einer genaueren Prüfung zu unterwerfen ist. Abgesehen aber von diesen sind die übrigen Stellen leicht hinwegzuräumen; fr. 4. §. 1. de c. t. b. p. beweist gar nichts, weil darin dem nepos, dessen Vater noch lebt, überhaupt alles Notherbenrecht abgesprochen wird; fr. 12. pr. de inj. rupt. und Gai. II. 147. 148. ebenfalls nichts, weil darin von postumi die Rede ist, die vor dem Erblasser wieder wegfielen. Von diesen ist hier aber gar nicht die Rede; — fr. 3. §. 10. de b. p. c. t. [5]) ist noch viel weniger von Bedeutung. Hier wird von denen gesprochen, welche nicht instituirt werden, also keinen Anspruch auf die c. t. haben können. Das wird allerdings nach dem mortis tempus beurtheilt. Aber daraus soll nun gleich gefolgert werden dürfen, daß für den, welcher umgekehrt instituirt werden kann, ebenfalls nur das mortis tempus in Betracht komme, um danach zu entscheiden, ob ihm sein Civilerbrecht entzogen, und nur ein Recht auf die c. t. zugestanden werde?

Es finden sich also keine Gründe, woraus sich der merkwürdige Satz rechtfertigte, daß der Prätor die vor und nach dem Tode des Erblassers geborenen postumi sui verschieden behandelt habe. Es steht ihm auch noch positiv die historische Entwicklung des Rechts der postumi entgegen. Es wurde im Anfange der Kaiserzeit, durch die lex Junia Velleja, gerade für die bei Lebzeiten des Erblassers geborenen postumi überhaupt erst festgestellt, daß man sie instituiren oder exherediren dürfe. Ihr Ruptionsrecht wurde dadurch eingeschränkt, man wollte nur noch im Fall der Präterition ihnen dasselbe zugestehen. Aber in diesen Gränzen wollte man ihnen dasselbe doch entschieden lassen, wie die Erörterungen der klassischen Juristen über die lex Velleja ganz unverkennbar zeigen [6]). Mir scheint es undenkbar, daß der Prätor dies nun gleich wieder hätte abändern können, und noch viel mehr, daß, wenn

5) Liberi qui instituti jure heredes non possunt, nec c. t. b. p. petere possunt. Haec autem verba: institui non possunt, ad mortis tempus referuntur.

6) S. namentlich fr. 29. §. 5 ff. de lib. et post.

er es gethan, die Juriſten es bei Entwicklung der lex Velleja ſo ganz mit Stillſchweigen hätten übergehen dürfen.

§. 76. Jedenfalls alſo dürfen wir annehmen, daß die **postumi sui**, wenn ſie wollten, im Fall der Präterition ihr Civilinteſtaterbrecht geltend machen durften. Aber dabei bleibt denn noch immer die Anſicht möglich, wie ſie für den **filius suus** aufgeſtellt worden iſt, daß der **postumus** die Wahl zwiſchen ſeinem Civilrecht und der c. t. hatte, und daß letztere ihm den Vortheil gewährte, die Ertheilung der sec. tab. zu verhindern, und ſich ſelbſt das **Int. quor. bon.** zu verſchaffen. Aber ebenſo wie wir dies beim **filius jam natus** haben verwerfen müſſen, ſo läßt es ſich auch hier widerlegen.

Einestheils ſteht hier ſchon, ebenſo wie beim Hausſohn, die Darſtellung des Gaius entgegen, deſſen Worte (II. 130—134) wir wohl unbedenklich aus den Juſtinianeiſchen Inſtitutionen entnehmen dürfen. Er ſpricht lediglich vom Civilrecht der **postumi**, von einer irgendwie modificirenden c. t. b. p. iſt gar nicht die Rede.

Ebenſo unerklärlich, wie das Schweigen des Gaius, wäre aber auch das Juſtinians in den Inſtitutionen, der im §. 1. und 2. I. de exher. lib. doch gewiß die Worte des Gaius nicht ſo unverändert aufgenommen haben würde, wenn die c. t. hier einen Vortheil gewährte, indem er in den Inſtitutionen die Veränderungen und Verbeſſerungen des Prätors ganz gewiſſenhaft anführt.

Wir haben aber außerdem noch eine andere Stelle, welche uns entſchieden zeigt, daß wir für den präterirten **postumus suus** durchaus daſſelbe annehmen müſſen, als was eben von der nominellen c. t. b. p. des Hausſohns geſagt wurde:

> Fr. 4. §. 3. de c. t. b. p. (Paul.) — Si quis eum qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus, ut, et si ante moriatur, bono-

rum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.

Es ist in dieser Stelle von der b. p. commisso per alium edicto die Rede; dies ist also ganz dasselbe, als was oben rücksichtlich der Concurrenz eines präterirten filius suus mit einem instituirten Bruder gesagt wurde [1]). In dem größeren Rechte des Präterirten liegt auch das minus, nämlich die c. t., welche deßhalb aus seiner Person auf den instituirten Bruder übertragen wird, ohne daß aber dadurch für den präterirten Bruder und die ihm nach Civilrecht zustehende Intestatsuccession irgend eine Veränderung einträte. Daß nun der Jurist es ganz so auch beim präterirten postumus suus annimmt, beweist unsere Stelle vollkommen. Es wird in derselben der bekannte Satz vorausgesetzt, daß, so lange ein präterirter postumus suus erwartet werde, die scripti noch keine her. aditio vornehmen können. Die Möglichkeit dazu spricht Paulus dem eingesetzten emancipatus ja entschieden ab, ferner sagt er aber auch, daß ebenfalls die Agnition der sec. tab. nicht statthaft sei. Er hätte denselben Grund dafür angeben können, welcher auch der her. ad. des scriptus entgegensteht, nämlich daß überhaupt die testamentarische Succession, also auch die Prätorische, durch Erwartung eines präterirten postumus suspendirt wird [2]). Aber da dieser Grund sich von selbst verstand, so hebt Paulus nur den anderen, nicht so nahe liegenden, aber gerade für das Prätorische Princip der c. t. b. p. besonders wichtigen hervor. Er sagt: sec. tab.

---

1) Fr. 16 de legat. praest.

2) Dieser Fall, auf den auch Ulpian in fr. 30. §. 6. de acquir. her. deutet, (indem er die her. ad. des suus heres nur für gültig erklärt, wenn der postumus institutus ist oder der Erblasser ohne Testament verstorben ist) steht dem andern ganz gleich, wenn der zu erwartende postumus dem vorsteht, um dessen Antretung es sich handelt. Von diesem aber sagt Ulpian in derselben Stelle §. 1.: »Idemque et per bonorum possessionem edictalem.« Also das Prätorische System folgt hier, wie schon von vorn herein zu erwarten war, ganz den Regeln des Civilrechts.

könne der instituirte Bruder nicht agnosciren, weil erst die Frist der c. t. b. p. vorhergehe. In der c. t. b. p. will der Prätor die gesammte Succession der Kinder, der präterirten wie der instituirten, reguliren. Der Instituirte erhält aus der Person des zu erwartenden **postumus** die c. t, obgleich dieser Letztere für sich selbst die Intestatsuccession eröffnet. Also da dem Instituirten zuerst die c. t. deferirt wird, so kann er noch nicht die sec. tab. agnosciren. Nun aber steht dieser Agnition der c. t. noch der Umstand entgegen, daß doch eigentlich erst der **postumus** geboren sein muß, durch dessen Existenz der Instituirte sie ja überhaupt erst erhält. Indessen wird dies Hinderniß nicht für genügend erklärt. Weil der Institutus vor Erscheinen des **postumus** sterben könnte, und dadurch ganz ohne seine Schuld die Transmission des Erbtheils auf seine Erben verhindert werden würde, so greift der Prätor ein, und ertheilt auch vor Erscheinen des Postumus eine **decretalis c. t. b. p.** [3]).

Aber in der Stelle liegt noch mehr, und dies ist für uns von ganz besonderem Interesse. Paulus sagt, die Ertheilung der b. p. sei für den instituirten **emancipatus** nothwendig, weil er nicht auf andere Weise zur Erbschaft gelangen könne. Darin liegt das unabweisbare **argumentum a contrario**, daß der instituirte **suus** die Ertheilung der committirten c. t. nicht so nöthig hat, weil er **jure civili** die **her. aditio**, vornehmen kann. Dies läßt sich nun aber nur so erklären. Der instituirte **emancipatus** hat ja an und für sich ein Recht auf die **hereditas** nur durch seine Institution. Dieses ist noch suspendirt durch die Erwartung des **postumus**. Wenn nun dieser erscheint, und die Intestatsuccession eröffnet,

3) Ja sogar, wenn der **institutus** schon vor Agnition der b. p. stirbt, so wird durch **decretum** des Prätors die Agnition als geschehen angenommen. S. das gleich folgende fr. 5. de c. t. b. p. v. Julian. — Der Grund des **decretum** ist, daß zu einer Zeit, wo die Frage, wer das Vermögen erhalte, noch ganz in suspenso ist, der Prätor kraft seiner Machtvollkommenheit dem in der That Berechtigten sein Recht auf den Fall sichern will, wenn derselbe vor Ablauf jener Zeit der Unsicherheit verstorbe. Ein ganz ähnlicher Fall findet sich in fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.

so ist das Mittel, auch den **emancipatus** zur Erbschaft gelangen zu lassen, nur ein Prätorisches, nämlich die **b. p. unde liberi**, und deßhalb kann ihm auch nur durch ein Prätorisches Mittel nämlich die committirte **c. t. b. p.** schon vor Erscheinen des **postumus** geholfen werden [4]). Dagegen bei einem instituirten **suus** ist es ganz anders. Wenn sein Bruder, ein präterirter **postumus suus**, die Intestatsuccession eröffnet, und also mit der Vernichtung des ganzen Testaments freilich auch jene Institution ungültig macht, so nimmt dafür nun der (instituirte) **suus** kraft seines civilen Erbrechts an der Intestatsuccession Theil. Mithin ist es jedenfalls sicher, daß er durch **her. aditio** zur Erbschaft gelangen kann, entweder wenn der **postumus** nicht erscheint, kraft seiner Einsetzung, oder wenn er erscheint, kraft seines Intestaterbrechtes. Und eben deßhalb muß er auch, da für ihn gar keine Unsicherheit besteht, noch vor Erscheinen des **postumus** die **her. aditio** gültig vornehmen dürfen, oder vielmehr, da er ja ein **suus** ist, die Erbschaft fällt ihm auch ohne besondere Antretungshandlung **ipso jure** zu [5]). Hieraus folgt denn eben, was unser Jurist sagt, daß bei ihm die Agnition der **b. p. c. t.** nicht nöthig ist, obgleich sie freilich, wie unsere Stelle ebenfalls zeigt, ihm vom Prätor nicht versagt werden kann.

Unsere Stelle beweist hiernach zweierlei:

1. Daß auch nach dem Prätorischen Rechte (denn davon ist ja in derselben vorzugsweise die Rede) der präterirte **postumus suus** die Intestatsuccession eröffnet, die also natürlich jedenfalls für seine Person entschieden gilt [6]), an der aber auch

4) Wie es überhaupt kommt, daß die **b. p. unde liberi**, welche ein Instituirter an und für sich hat, wenn sein Bruder die Intestatsuccession eröffnet, — als eine **c. t. b. p.** angesehen wurde, kann erst am Ende dieses Kapitels bei der genaueren Darstellung der Concurrenz mehrer Notherben ausgeführt werden.

5) Stirbt er deßhalb vor Erscheinen des **postumus**, so gilt es doch, als wenn die Erbschaft ihm zugefallen wäre. **Fr. 16. de lib. et post. v. African.**

6) Mithin ist, da gerade auch der Prätor die Intestatsuccession anerkennt, nicht daran zu denken, daß nach Erscheinen des **postumus** noch etwa von einem **extraneus b. p. sec. tab.** agnoscirt werden könnte.

sein in väterlicher Gewalt befindlicher Bruder Theil nehmen kann, ohne die Agnition der b. p. nöthig zu haben.

2. Daß die c. t. b. p. des **postumus** ganz dieselbe Bedeutung hat, welche wir der des Hausſohns beigelegt haben. Daß ſie für ihn ſelbſt nur eine *nominelle* iſt, die ganz das Weſen der Inteſtatſucceſſion beibehält, liegt ſchon in dem vorhergehenden Punkte. Aber dieſe nominelle c. t. hat, ebenſo wie wir es beim Hausſohn gefunden haben, Bedeutung im Fall der *Concurrenz mit anderen liberi*. Indem dieſe ſie aus der Perſon des **postumus** ableiten dürfen, ſogar ſchon vor ſeiner Geburt, erhalten ſie ein Recht, welches den **sui** immerhin nützlich, den **emancipati** ſogar nöthig iſt, um nicht eine unbillige Verzögerung des Erbſchaftserwerbes eintreten zu laſſen. —

Das wichtige Reſultat dieſer Stelle wird nun vollkommen beſtätigt durch ein anderes Fragment von Papinian, welches genau denſelben Fall beſpricht. Auf den erſten Blick ſcheint es das Prätoriſche Recht gar nicht zu erwähnen, bei genauerer Betrachtung aber wird wohl Niemand verkennen, daß ſie ſehr deutlich die Eröffnung der Inteſtatſucceſſion durch Prätcrition des **postumus** ſowohl nach Civil- als Prätoriſchen Grundſätzen anerkennt. Beide Stellen ergänzen ſich genau, indem jede von beiden Einzelnes weitläuftiger erörtert, was aus der anderen nicht ſo klar zu erſehen iſt [7]; und deßhalb iſt die Zuſammenſtellung beider beſonders lehrreich:

> **Fr. 84. de acquir. vel om. her. — Ventre praeterito si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas; sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne ini-**

---

7) Daß hier die Römiſchen Juriſten verſchiedene Theorien gehabt hätten, wie Fabricius (b. p. S. 186. not. 271) annimmt, vermag ich nicht einzuſehen.

quum erit, interea defunctam filiam heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

Papinian drängt hier in wenige prägnante Worte Vieles zusammen. Ich will es in die einzelnen Punkte zerlegen.

1. Er beginnt mit einem Satze, der in jener Paulinischen Stelle gar nicht erwähnt ist. Wenn man allerdings die Frau für schwanger hält, aber der **scriptus heres** (sei es ein Sohn oder ein **extraneus**) mit Recht überzeugt ist, daß sie nicht schwanger sei, so gilt seine Erbantretung auch ehe wirklich die Wahrheit allgemein bekannt wurde [8]). Nur beim **suus** ist hier noch wieder die Ausnahme, daß auch wenn er **incertus** ist über die Schwangerschaft, und diese nur in der That nicht vorhanden war, ihm **ipso jure** die Erbschaft zufällt [9]).

2. Dann geht Papinian zu dem Fall über, wenn die Wittwe in Wahrheit schwanger ist. Dem **extraneus scriptus** ist hier nicht zu helfen, und deßhalb erwähnt er ihn gar nicht mehr. Es gilt hier allgemein, was schon gleich im Anfange der Stelle gesagt wird. Das Testament wird rumpirt, und ebendeßhalb wird auch schon vor der Ruption gar keine testamentarische Succession (nach civilem wie Prätorischem Rechte) deferirt. Noch viel weniger aber kann davon nach der Ruption die Rede sein, denn die ganze Sistirung der testamentarischen Delation geschieht ja nur deßhalb, weil man nicht etwas erst als gültig annehmen mag, was dann doch bald hinterdrein als ungültig zusammen fallen kann. Nur noch den Kindern succurrirt der Prätor, und darin liegt also, daß dem **scriptus extraneus** in keiner Weise mehr eine **b. p. sec. tab.** zu Gute kommen kann.

Daß hier Papinian des Prätors erwähnt, scheint mir unzweifelhaft, theils durch Zusammenhaltung mit jener Stelle

8) **Fr. 30. §. 4. 5. de acq. her.**
9) **Fr. 30. §. 6. eod.**

des Paulus, theils durch das Wort **decreto**, welches doch gar nicht anders als von einer **decretalis b. p.** verstanden werden kann. Und hiermit ist denn auch bewiesen, daß gerade die Nichtigkeit des Testaments, die Papinian voraussetzt, die Grundlage bildet für die Hülfe, welche der Prätor den übrigen Kindern angedeihen läßt.

3. Dieser besondere Schutz des Prätors bezieht sich aber nur auf die Zeit **vor Geburt** des **postumus**. Papinian hebt mit Recht hervor, daß Beide, der **filius suus** wie **emancipatus**, falls sie nach der Geburt ihres Bruders noch leben, jedenfalls Antheil am Vermögen bekommen, und zwar schon nach den gewöhnlichen civilen und Prätorischen Rechtsregeln [10]). Also bedarf es nur vorher einer **decretalis b. p.**, um die Erben dieser instituirten Kinder sicher zu stellen, falls sie vor dem Erscheinen des **postumus** versterben sollten. — Zuerst wird nun vom instituirten **filius suus** gesprochen. Papinian hebt hier (was Paulus ausläßt) den Grund hervor, daß ja jedenfalls die Erbschaft **jure civili** an diesen gelangen werde. Dagegen läßt Papinian aus, was wir aus der Paulinischen Stelle ersehen, daß der **filius suus** in Folge dieses Grundes **interim** bereits die **hereditatis aditio** vornehmen kann. Papinian begnügt sich damit, den angeführten Grund zur Rechtfertigung der Prätorischen Hülfe hervorzuheben, welche dem **filius suus** noch neben der **her. aditio** zusteht.

4. An den **suus** knüpft dann Papinian den **emancipatus**, während in der Darstellung des Paulus umgekehrt der Letztere mehr hervorgehoben wird, um zu zeigen, daß dieser der **b. p.** noch viel mehr bedarf als der **suus**, welcher doch die **her. ad.** vornehmen konnte. Und überhaupt ist Paulus

10) Die Terminologie Papinians ist hier absichtlich sehr genau. Vom **filius suus** sagt er **heres futurus est.** Vom **emancipatus** sagt er nur: **rem omnimodo habiturus est.** Denn wenn der **postumus** todt zur Welt kam, so konnte der **emancipatus** allerdings die **her. ad.** aus dem Testament vornehmen, erschien aber in der That ein **postumus**, so concurrirte der **emancipatus** mit ihm nur nach Prätorischem Recht. Papinian konnte also zur Umfassung beider Fälle (**omnimodo**) nicht sagen: **heres futurus**, sondern nur: **rem habiturus est.**

darin vollſtändiger, daß er uns zeigt, die hier ertheilte b. p. ſei eine aus der Perſon des postumus abgeleitete c. t. Daß ſie eine decretalis ſei, erfahren wir dagegen nur von Papinian.

Durch dieſe beiden hiemit erörterten Fragmente ſcheint mir das Weſen der dem präterirten postumus suus zuſtehenden nominellen c. t. b. p. feſtgeſtellt. Wir finden hier ganz daſſelbe, als was wir oben beim Hausſohn gefunden haben, und auf dieſe völlige Gleichſtellung beider auch im Prätoriſchen Rechte muß doch gleich zuerſt ſchon die Vermuthung führen, da ſie ja auch in Beziehung auf die Eröffnung der Inteſtatſucceſſion ſich nach Civilrecht vollkommen gleichſtehen. Der Prätor hätte gar keinen Grund gehabt, dem Einen dies Recht anzuerkennen, und dem Andern es zu entziehen; denn die allerdings wichtige Verſchiedenheit, die zwiſchen Beiden beſteht, (daß der Eine das Teſtament ab initio, der Andere es erſt hinterdrein nichtig macht), kommt hier, wo wir Beide als noch vorhanden und Anſprüche machend annehmen, gar nicht in Betracht. So ſehen wir denn auch noch in einem andern Rechtsgebiete das hier Entwickelte beſtätigt, nämlich durch die Art, wie der Prätor im Fall der Ruption durch den postumus Tutoren giebt. Das, was die Römiſchen Juriſten hievon ſagen, müßte ganz anders lauten, wenn der Prätor, der ja auch die Tutoren ernennt, im Erbrecht von den Grundſätzen des Civilrechts abgewichen wäre.

> **Fr. 31. de test. tut. Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum ejus ruptum dicatur nato postumo, commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.**

Die c. t. b. p. läßt die Vormundſchaftsernennungen, wie man allgemein mit Recht annimmt, beſtehen. Es kann alſo, wenn der Poſtumus rumpirt, keine wahre c. t. beſtehen, denn alsdann ließe ſich weder von einer Einforderung der intestati hereditas noch einer neuen Ernennung von Vormündern durch den Prätor reden. Unſere Stelle aber ſagt es ausdrücklich, daß die teſtamentariſche tutoris datio ungültig wird, und

der Prätor neue Vormünder ernennt, wobei er freilich sehr natürlich auf die im nichtigen Testament benannten Personen Rücksicht nimmt. Es kann auch ferner nicht daran gedacht werden, daß der Prätor da noch eine sec. tab. b. p. an den Instituirten gebe, wo er schon Tutoren giebt, um die Intestaterbschaft einzufordern. —

Hiernach wird man auch nicht versucht sein können, die entgegengesetzte Ansicht, die c. t. sei nöthig, um dem scriptus heres das Int. quor. bon. zu entziehen, noch auf l. 2. C. de b. p. c. t. stützen zu wollen, obgleich diese Stelle an und für sich einigen Schein dafür darbietet.

> **Alexander (224). — Postumo nato, qui neque heres institutus a patre, neque nominatim exheredatus est, testamentum rumpitur; et si contra tabulas b. p. infantis nomine a tutore petita est, secundum tabulas possessio locum habere non potest.**

Man kann dies allerdings so verstehen, die sec. tab. werde nur dadurch verhindert, daß die c. t. agnoscirt sei, sonst nach Versäumung der Letzteren werde sie jedenfalls ertheilt werden. Aber sicher würde dies doch nur sein, wenn es hieße: **si c. t. b. p. petita non est, s. t. p. locum habere potest.** Und ebensogut läßt sich der Sinn auch so fassen: das Testament ist rumpirt, also nichtig, und sobald dies zu Tage kommt (was am natürlichsten dadurch sich zeigt, daß der Tutor gleich die nominelle c. t. erbittet), so kann eine sec. tab. b. p. nicht Statt haben. Für die Frage also, ob eine sec. tab. ertheilt werden würde, wenn keine c. t. erbeten ist, und ob nicht die etwa ertheilte sec. tab. als non data zusammenfällt, sobald sich die Ruption constatirt, — hiefür beweist die Stelle nichts. Wir müssen in Folge anderer Beweise die Frage beantworten, und danach diese zweifelhafte Stelle interpretiren. In dieser Hinsicht aber sind die bisher gelieferten Beweise wohl genügend.

III. Das Recht der Accrescenzerben.

§. 77. Es hat uns bisher bei der Frage über den Umfang und Ursprung der c. t. b. p. ein nur negativer Be-

weis beſchäftigt. Für die präterirten **filii** und **postumi sui** kann ſie, um ihnen ein Recht auf das **Int. quor. bon.** vor dem Eingeſetzten zu geben, unmöglich entſtanden ſein, dieſe Perſonen gehören dem eigentlichen Gebiete der **c. t. b. p.** gar nicht an.

Wir haben jetzt zu den *poſitiven* Beweiſen überzugehen, aus denen wir die Entſtehung und das eigentliche Weſen der **c. t.** uns zu erklären haben. Abgeſehen von den **filii** und **postumi** bleiben nur noch zwei Klaſſen von Perſonen übrig, auf die ſich der Umfang der **c. t. b. p.** erſtreckt, die Accrescenzerben und die Emancipirten. Daß wir ſie uns nicht für die Letzteren eingeführt denken können, dafür ſind ſchon oben genügende Gründe vorgebracht worden. Es läßt alſo ſchon dieſer negative von allen Seiten geführte Beweis gar kein anderes Reſultat übrig, als daß der Prätor darauf ausging, das Recht der Accrescenzerben zu verbeſſern und mit dem der **filii** und **postumi** auszugleichen (ſ. §. 70.), und daß wir darin den Urſprung der wahren **c. t. b. p.** zu finden haben, d. h. derjenigen, deren Wirkung nicht die Eröffnung der Inteſtatſucceſſion, ſondern nur eine Vernichtung einzelner im Teſtament enthaltener Verfügungen iſt.

Für dieſe Annahme ſprechen nun gleichmäßig die äußeren Quellenzeugniſſe wie der innere Zuſammenhang, der ſich hier zwiſchen den Sätzen des civilen und Prätoriſchen Rechts nachweiſen läßt.

Das Civilrecht der Accrescenzerben ſtand freilich dem der **filii** und **postumi sui** ſchon darin gleich, daß ſie mit inſtituirten **sui** nach Viriltheilen concurrirten; denn daſſelbe Reſultat entſtand ja auch für alle **sui**, wenn in Folge der Präterition eines Hausſohns oder durch Ruption die Inteſtaterbfolge eröffnet wurde. Der Unterſchied war nur, daß in letzterem Falle die Legate ungültig wurden, während, wenn ein Accrescenzerbe ſein Notherbenrecht geltend machte, die Nebenbeſtimmungen des Teſtaments beſtehen blieben. In Bezug auf die Univerſalſucceſſion war aber doch ſchon völlige Gleichheit der **sui** vorhanden.

Wenn indeſſen **extranei** im Teſtament eingeſetzt waren, ſo konnte der präterirte Accrescenzerbe nur die Hälfte des Ver-

mögens erhalten, während präterirte Hausſöhne und nachgeborene Kinder die ganze **hereditas** ſich aneigneten. Die Accrescenzerben ſtehen nun aber doch ganz auf derſelben Verwandſchaftsſtufe wie ſämmtliche **postumi sui** mit Ausnahme des **filius postumus**. Es iſt bloß der Unterſchied, daß die Einen vor, die Anderen nach der Teſtamentserrichtung geboren waren. War man nun ſchon, wie ich im §. 70. ausgeführt habe, darauf ausgegangen, die **postumi sui** den **sui jam nati** in Bezug auf die Möglichkeit der Inſtitution und Exheredation gleichzuſtellen, ſo mußte es doch um ſo mehr als eine **juris scrupulositas** erſcheinen, daß nicht auch die Wirkungen der Präterition für ſämmtliche **sui** gleichartig waren. Hier griff deßhalb der Prätor ein, er gab den Accrescenzerben die **c. t. b. p.**, damit ebenſo, wie die nachgeborenen **filiae, nepotes etc.** durch Eröffnung der Inteſtatſucceſſion die ganze Erbſchaft erhielten, ſo auch die ſchon Lebenden den eingeſetzten Erben völlig vertreiben könnten. Daß dies der Zweck der den Accrescenzerben gegebenen **c. t.** war, beweiſt die Darſtellung des Gaius vollſtändig. Während derſelbe, wie ſchon oben hervorgehoben wurde, beim **filius** (II. 123.) und bei den **postumi sui** (§. 130—134) eine **c. t. b. p.** gar nicht erwähnt, entwickelt er für die **ceterae liberorum personae** §. 124—129. das Civilrecht zugleich mit den vom Prätor hinzugefügten Verbeſſerungen.

> §. 124. **Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum. praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui instituti sint, in virilem, si extranei in dimidiam; id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres . . . . . ; at si extraneos ille heredes instituerit, et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres; quae de filia diximus eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis, sive masculini sive feminini sexus, dicta intellegemus.** §. 125. **Quid ergo est? licet — secundum ea quae diximus scriptis heredibus dimidiam partem tantum**

detrahant, tamen praetor iis contra tabulas bonorum possessionem promittit; qua ratione extranei a tota hereditate repelluntur.

Aber noch in anderer Weise bedurfte das Notherbenrecht der **sui** der Ausgleichung. Nicht bloß in den Wirkungen desselben, auch in den Regeln, wie die Institution und Exheredation vorzunehmen sei, bestanden Verschiedenheiten, die nicht mehr zeitgemäß waren. Der **filius** und **postumi** männlichen Geschlechts mußten **nominatim**, die **postumi** weiblichen Geschlechts konnten **inter ceteros** exheredirt werden. Sehr natürlich, daß der Prätor diese Regel für alle **sui** allgemein machte, d. h. daß er auch für die Accrescenzerben männlichen Geschlechts die namentliche Exheredation vorschrieb. Auch diesen zweiten Punkt hebt Gaius gleich hinterdrein hervor (§. 127—129), wie wir trotz der Unleserlichkeit der Stelle doch noch genau erkennen können.

Hiemit sind also die beiden Punkte, die ich am Ende des §. 70. als der Rechtsänderung besonders naheliegend aufstellte, entschieden bewiesen, und der Gedanke, daß darin gerade der Ursprung der **c. t.** zu suchen ist, scheint mir nach den bisherigen Ausführungen sehr nahe zu liegen. Die **c. t. b. p.** ist, wie wir theilweise schon dargethan haben, ein Institut, das seinem Grundwesen nach **sui** als die berechtigten Subjecte voraussetzt, und wir werden nachher noch andere Gründe anzuführen haben, die genügend zeigen, daß die Emancipirten in den Quellen immer gleichsam als ein Appendix erscheinen, die erst mit Hülfe der Fiction, sie seien nicht emancipirt, herzugezogen, und bei der Darstellung der **c. t. b. p.** stets erst in zweiter Stelle erwähnt werden.

Also nur für **sui** kann dieselbe eingeführt worden sein, aber nun doch hinwieder nicht für den **filius** und die **postumi** in der Art, wie dies neuerdings so vielfach angenommen wird. Das Institut bleibt seiner ganzen Gestaltung nach dabei ebenso unerklärlich, als wenn wir zu den **emancipati** unsere Zuflucht nehmen wollten. Die Intestatsuccession, welche jene Personen eröffnen, und das ganze Princip der **c. t.**, welche ein an und für sich gültiges Testament voraussetzt, sind völlig unvereinbare Dinge. Auch nicht einmal in der Gestalt, welche nach

unserer obigen Untersuchung in der That die c. t. der Haussöhne und postumi hat, können wir den Ursprung des Ganzen finden wollen, an welches sich dann erst später die b. p. der Accrescenzerben angeschlossen hätte. Jene nominelle b. p. setzt offenbar eine wahre c. t. voraus, an die sie sich anlehnt. Ich glaube gar nicht, daß die nominelle erst später an die wahre c. t. b. p. angeknüpft worden sei, aber sie kann umgekehrt nicht früher schon als eine selbständige vorhanden gewesen sein. Der Prätor wollte das Notherbenrecht sämmtlicher sui gleich machen, er mußte also doch jedenfalls, wenn vernachlässigte Accrescenzerben allein vorhanden waren, für sie eine Agnitionsfrist vor der sec. tab. anberaumen. Er mußte aber auch, um die Succession sämmtlicher liberi sui gehörig reguliren zu können, in dieser Frist ebenfalls alle übrigen vorhandenen sui zusammen rufen, auch diejenigen, für deren Person er durchaus die Intestatsuccession gelten ließ, und um derentwillen allein er nie die c. t. b. p. geschaffen haben könnte. Deßhalb edicirte er seine Klasse als eine für alle liberi aufgestellte, aber dabei müssen wir doch immer im Auge behalten, daß nur die liberi, welche durch die c. t. ein anderes Recht erhalten, als sie nach Civilrecht hatten, wahre Inhaber der c. t. b. p. sind. Die übrigen haben sie nur dem Namen nach, weil die Agnitionsfrist für alle concurrirenden Kinder dieselbe war. Aber sehr natürlich ist, daß auch da, wo von einer Concurrenz mehrer Kinder gar nicht die Rede war, also der Verstorbene nur einen filius oder postumus suus hinterlassen hatte, man für die von ihm agnoscirte b. p. den allgemeinen Namen beibehielt, und sie eine c. t. nannte. Wußte doch ein Jeder, daß sie nichts als eine unde liberi b. p. sei.

Erst wenn wir die c. t. an das Recht der Accrescenzerben anknüpfen, scheint mir ihre ganze Gestalt gehörig erklärt werden zu können. Sie enthält nicht einen Complex einzelner willkührlich vom Prätor ausgedachter Rechtssätze, sie ist das natürliche Ergebniß, welches sich von selbst darbieten mußte, wenn man die Accrescenzerben den übrigen sui gleichstellen wollte. Aus dem weiter unten folgenden Abschnitt über die Wirkungen der c. t. wird dies deutlich hervorgehen, aber der Verlauf der Darstellung wird auch noch manche andere

feinere Beziehungen ans Licht bringen, in denen wir die Anknüpfung des Prätorischen Institutes an das civile Recht der Accrescenzerben erkennen können.

Soviel erhellt schon aus dem bisher Gesagten, daß, während wir die nominelle c. t. b. p. nicht einmal eine **confirmandi jur. civ. causa proposita** nennen konnten, die wahre den Accrescenzerben gegebene allerdings einen correctorischen Charakter hat. Denn dadurch werden ja, wie Gaius sagt, die **extranei a tota hereditate** repellirt. Aber es leuchtet auch genügend ein, daß die Correction hier vollkommen zurück tritt gegen die Emendation, die das Civilrecht von der anderen Seite erhielt. Es war eine **juris iniquitas**, daß das Geborensein vor oder nach dem Testamente einen Unterschied im Notherbenrechte machen sollte. Und daher erklärt sich, daß Gaius der Correction auch hier gar nicht gedenkt, sondern, gerade weil er ganz davon schweigt, offenbar die Prätorische Rechtsänderung als eine sehr natürliche Ausgleichung mit dem auffaßt, was für die übrigen **sui** schon nach Civilrecht festgestellt war. Hierin aber liegt die Voraussetzung, daß dies Civilrecht auch wirklich schon so gestaltet war, um das mindere Recht der Accrescenzerben als eine **juris iniquitas** erscheinen zu lassen. Es läßt sich nicht wohl denken, daß, als die **postumi** überhaupt noch nicht einmal instituirt oder exheredirt werden konnten, der Prätor schon auf Einführung der c. t. gekommen wäre. Wir müßten dann annehmen, er habe die ganze Rechtsentwicklung, welche die Ausgleichung des Rechts sämmtlicher **sui** zum Ziel hatte, begonnen. Und das würde viele Bedenken gegen sich haben. So lange die **postumi** als **incertae personae** mit den **sui jam nati** noch gar nicht verglichen werden konnten, war dies verschiedene Recht des **filius** und der **ceterae liberorum personae** nach dem von Alters her zwischen Beiden angenommenen Unterschiede noch gar nichts Auffallendes; und diesen Unterschied ohne weitere Veranlassung einzureißen, scheint mir nicht im Wesen der Prätorischen, eigentlich nur auf Emendationen ausgehenden Thätigkeit zu liegen. Erst als dem Rechte der **postumi** gleicher Charakter mit dem der **sui** gegeben war, d. h. seitdem sie instituirt oder exheredirt werden konnten, mußte es in die Augen fallen, daß

gar kein Grund mehr vorläge, einen Unterschied danach zu machen, ob der **suus** vor oder nach dem Testament geboren sei. Und so konnte man erst nach der Feststellung des Rechts der **postumi** auf eine Verbesserung des Rechts der Accrescenzerben aufmerksam werden. Hier war es natürlich, daß der Prätor eingriff, um eine Rechtsentwicklung fortzusetzen, die durch civilrechtliche Organe begonnen war. So erst erklärt sich, daß wir bei der **c. t.** die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts rücksichtlich der Exheredation finden, indem der Prätor sie vom Rechte der **postumi** entlehnte.

Hiedurch gewinnen wir Anhaltspunkte, wann wir uns die Einführung der **c. t.** zu denken haben. Das Recht der **postumi** wurde besonders erst durch die **lex Junia Velleja** festgestellt, und so haben wir die **c. t.** als eine vielleicht sehr bald eingetretene Folge dieser **lex** aufzufassen. Aber freilich ist dies keineswegs über allen Zweifel erhoben, und es wird uns deßhalb im folgenden Kapitel noch zu genaueren Untersuchungen veranlassen. Denkbar, obgleich mir nicht wahrscheinlich, bleibt auch die entgegengesetzte Annahme, daß die **c. t.** schon eingeführt worden sei, als die meisten **postumi** noch für **incertae personae** gehalten wurden, daß mithin die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts gerade umgekehrt von der **c. t.** auf die **postumi** übertragen ward. Jedenfalls wird dadurch der übrige Theil unserer Beweisführungen, daß die **c. t. b. p.** weder für die **filii** oder **postumi sui** noch für die **emancipati** entstanden sein könne, sondern daß sie ihrem Grundwesen nach ein Recht der Accrescenzerben ist, nicht im Geringsten afficirt.

§. 78. Wir haben aber jetzt eine Stelle kennen zu lernen, welche der bisherigen Darstellung vollkommen entgegenzustehen scheint. Es ist das erste Fragment im Titel **de c. t. b. p.**, in welchem ganz **ex professo** Wesen und Umfang der **c. t.** entwickelt wird, und so muß es uns allerdings als eine Hauptstelle erscheinen. Aber ich glaube sagen zu dürfen, daß ebendeßhalb es auch vorzüglich diese Stelle ist, welche so vielerlei Irrthümer in unsere Lehre gebracht und der richtigen Anschauung entgegengestanden hat. Sie lautet folgendermaßen:

Fr. 1. de c. t. b. p. — In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt. §. 1. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo jure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex jure civili. §. 2. Haec autem clausula etiam ad postumos videtur pertinere. §. 3. Sed et si ab hostibus postliminio redierint filii, Pomponius putat, ad contra tabulas bonorum possessionem eos admitti. §. 4. Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus, qui sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit. §. 5. Idem et in postumo; nam quamdiu postumus speratur, in ea causa est, ut partem faciat. §. 6. Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor.

Das Principium sagt, die c. t. b. p. sei für die **liberi** aufgestellt, und gewiß ist dies ein im Edicte selbst gebrauchter Ausdruck, den Ulpian hier nur wiederholt und genauer interpretirt. Er geht im Einzelnen den Umkreis dieser **liberi** durch, und hier ist nun einleuchtend, wie schon oben hervorgehoben wurde, daß er im §. 1—5 nur von den **liberi sui** spricht, und wir werden es auch in der Folge noch durch Anderes bestätigt finden, daß die Römer unter **liberi** an und für sich immer die **sui** verstehen. Nur wurden dann noch nebenbei die **emancipati** den **sui** gleichgestellt, und als fingirte **sui** mit in die b. p. c. t. inducirt, wie Ulpian im §. 6. hinzufügt. Sie werden also allerdings auch mit unter dem Wort **liberi** verstanden, aber als ein Nebenpunkt, und man muß keineswegs glauben, daß die Römer den Ausdruck **liberi** als einen allgemeinern gewählt hätten, um damit anzudeuten, daß es auf väterliche Gewalt nicht ankomme. Es ist gerade umgekehrt, unter **liberi** begreift man an und für sich die **sui**, aber die **emancipati** werden, weil man sich ihre cap. dim. als rescindirt denkt, dann auch mit dazu gezählt [1]). Es ist also ganz

1) Dies zeigt auch die fast wörtlich gleichlautende Darstellung Ulpians in fr. 1. §. 5. u. 6. si tab. test. null.

daſſelbe, wenn man techniſch ſagte, die c. t. b. p. ſei der gradus der liberi, oder wenn wir als das Grundprincip der c. t. die Suität hervorgehoben finden [2]), worauf dann erſt die Emancipirten durch Fiction zurückgeführt werden müſſen, um an dieſer Klaſſe Theil nehmen zu können.

Laſſen wir nun aber einſtweilen die aus der Gewalt Getretenen bei Seite, um genauer die Darſtellung zu prüfen, welche Ulpian von den sui in den §§ 1—5. giebt. Es iſt einleuchtend, daß dieſe ſich mit den Reſultaten unſerer bisherigen Unterſuchung ſchlecht vereinigt; aber weil doch dieſe auf entſchiedenen, in ihrer Aechtheit nicht zu bezweifelnden Quellenausſprüchen ruht, ſo muß uns das ſehr natürlich auf den Gedanken bringen, ob hier nicht etwa Ulpians Worte eine weſentliche Interpolation erlitten haben. Und in der That glaube ich, daß ſich dieſe hier, wie vielleicht kaum eine andere im Corpus Juris, mit Sicherheit nachweiſen läßt. Die Veränderung, welche Juſtinian's Compilatoren in dieſer Stelle getroffen haben müſſen, iſt äußerlich ſehr gering und unſcheinbar, aber dabei doch von der größten Bedeutung. Ulpian muß nämlich im §. 1. ſtatt des Wortes liberi: filii geſchrieben haben. — Außer dieſer Veränderung haben wir aber den Compilatoren noch die Streichung eines vielleicht ziemlich weitläuftigen Satzes zuzuſchreiben, der zwiſchen §. 5. u. 6. geſtanden haben wird, und worin Ulpian ähnlich wie Gaius II. §. 124. u. 125. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. b. p. abhandelte. Dieſe beiden Behauptungen habe ich jetzt darzuthun. Es muß dies von doppelter Seite aus geſchehen; es iſt einestheils nachzuweiſen, daß Ulpian nicht ſo geſchrieben haben kann, wie wir es in den Digeſten leſen; anderntheils, daß die angegebenen Umgeſtaltungen der Stelle vom Standpunkte des Juſtinianeiſchen Rechtes aus ganz nothwendig waren.

Jener erſte Punkt ergiebt ſich nach den bisherigen Ausführungen ziemlich von ſelbſt. Im §. 1. iſt von den sui jam

2) Fr. 4. §. 2. de c. t. b. p. — Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.

nati die Rede. Wie kann aber Ulpian von diesen Allen gleichmäßig sagen, sie würden vom Prätor zur **c. t. eo jure** gerufen, welches ihnen schon das Civilrecht verleiht? Die Accrescenzerben bekommen ja eben durch den Prätor ein Recht auf die ganze Erbschaft, während das Civilrecht dies ihnen versagt, und da doch Ulpian nichts Anderes gesagt haben kann als Gaius, so muß er auch ebenso wie dieser den **filius** von den **ceteri jam nati** getrennt haben, wie er es ja auch in seinen Fragmenten genau thut [3]), und nur auf die **filii** paßt der von Ulpian ausgesprochene Satz, denn nur bei diesen ist die **c. t. b. p.** ihr ganz unverändertes Civilrecht, d. h., wie wir oben nachgewiesen haben, sie werden für ihre Person nur nominell in den Umkreis dieser Klasse mit aufgenommen.

Nur wenn wir den §. 1. lediglich auf die **filii** beschränken, gewinnt denn auch der §. 2. Verständlichkeit. Dieselbe Klausel soll auch für die **postumi sui** gelten. Wenn nun Ulpian im §. 1. nicht bloß von den **filii**, sondern auch von den Accrescenzerben spräche, so käme ja der Satz heraus, daß für sämmtliche **sui** die **c. t.** nichts Anderes enthielte, als was ihr Civilrecht schon gewährte. Wenn aber Ulpian das sagen wollte, so konnte er sich doch wahrlich kürzer ausdrücken, und er kann es ja gar nicht gesagt haben, weil es so entschieden falsch sein würde. Dagegen bekommt der §. 2. seine volle Bedeutung, sobald im §. 1. nur vom **filius** die Rede war. Ulpian setzt hinzu, dasselbe was beim **filius** gilt, finde auch bei den **postumi** statt, d. h. sie haben nur eine nominelle **c. t.**, der Prätor erkennt ihnen, wie wir dies oben schon aus anderen Stellen nachgewiesen haben, vollkommen ihr Civilintestaterbrecht an.

Daß Ulpian in diesen beiden §§. nur vom **filius** und den **postumi** gesprochen haben kann, sehen wir nun auch aus den folgenden drei Paragraphen. Er kehrt noch einmal zu den **filii** zurück (§. 3. 4.), um einen besonderen Fall hervorzuheben, wo der Sohn jetzt freilich nicht da ist, aber sein Erscheinen (falls er nämlich aus der Gefangenschaft zurückkehre)

3) XXII 16. 17.

gehofft, und ihm deßhalb ein Theil aufbewahrt wird. Ganz analog fügt er daran im §. 5. wieder die Worte: **Idem et in postumo**. Wenn deſſen Erſcheinen gehofft werde (d. h. wenn er erſt nach dem Tode des Erblaſſers geboren wird), ſo nehme er ebenfalls Theil an der Succeſſion. Darin aber liegt der Beweis, daß er im §. 2. nicht ſchon daſſelbe geſagt haben kann, was er jetzt im §. 5. hervorhebt. Vielmehr hat er vorher ganz allgemein von den **postumi** geſprochen, ſie würden **eo jure** gerufen, **quo vocantur ex jure civili**, er kann alſo damit nicht bloß die meinen, welche er im §. 5. noch beſonders in Vergleichung mit den gefangenen Söhnen erwähnt, er muß ebenſo wie die vorhandenen Söhne, ſo auch die ſchon vorhandenen **postumi** (d. h. die zwiſchen der Teſtamentserrichtung und dem Tode Erſchienenen) umfaßt haben.

Das Reſultat iſt alſo, daß in den §. 1—5 lediglich von der nominellen **c. t. b. p.** die Rede war, und für dieſe, wie wir ſie oben unterſucht haben, iſt denn auch die Charakteriſirung Ulpians ſo bezeichnend wie möglich. Sie iſt ja eben nichts Anderes als die Berufung nach dem Rechte, welches dem Berufenen ſchon nach Civilrecht zuſtand. Da nun Ulpian im §. 6. gleich auf die Emancipirten kommt, ſo würde danach das Recht der Accrescenzerben ganz ausgelaſſen ſein, und dies anzunehmen ſcheint mir bei dieſer Stelle, die recht eigentlich den Umfang der **c. t. b. p.** entwickeln ſollte, ganz unmöglich. Es kann auch nicht erſt hinter den Emancipirten von ihnen die Rede geweſen ſein, denn Ulpian ſtellt dieſe als erſt zur **c. t.** Hinzugefügte dar. Von der wahren **c. t. b. p.**, wie ſie den Emancipirten zu Theil wurde, iſt aber in den §. 1—5 noch gar nicht die Rede. Alſo kann wohl kein Zweifel ſein, daß vor dem §. 6. erſt noch in ähnlicher Weiſe, wie Gaius davon ſpricht, das Recht der Accrescenzerben abgehandelt worden iſt. Der Gedankengang Ulpians war offenbar der: er will den Umkreis der **liberi** genauer erklären, welchen die **c. t. b. p.** verliehen iſt. Hier mußte er nun zuerſt von den **sui** ſprechen, und zwar beginnt er mit denjenigen **sui**, deren **c. t.** ſich vom Civilnotherbenrecht nicht unterſcheidet. Nothwendig mußte er aber hierauf auch von denjenigen **sui** ſprechen, denen die **c. t. b. p.** eine weſentliche Verbeſſerung

ihres Rechts war, und bei denen deßhalb erſt von einer wahren c. t. die Rede ſein konnte. Erſt nachher konnte er dann zu denen übergehen, bei welchen das Grunderforderniß dieſer Klaſſe, nämlich die Suität, nur durch eine Fiction ſupplirt wurde [4]). —

Hiermit ſcheint mir gerechtfertigt zu ſein, wie unſere Stelle vor den Umgeſtaltungen der Compilatoren gelautet haben muß; und daran ſind nun die Gründe zu knüpfen, um derentwillen Juſtinian die ächten Worte unmöglich beibehalten konnte.

Bekanntlich hat Juſtinian in der wichtigen l. 4. C. de lib. praet. das mindere Civilrecht der Accrescenzerben aufgehoben, und ſie den filii sui ganz gleichgeſtellt. Daraus aber folgt es von ſelbſt, daß nun auch die c. t. b. p. für ſie nur noch dieſelbe Bedeutung hatte, als dies von jeher für die filii der Fall war, d. h. ſie wurde zu einer bloß nominellen, während nur noch für die Emancipirten die wahre c. t. b. p. beſtehen blieb. Es iſt nun bisher viel zu wenig beachtet, welche Rückwirkungen dies auf die ganze Juſtinianeiſche Compilation äußern mußte, von denen die Umgeſtaltung des fr. 1. de c. t. b. p. wahrlich nicht die einzig erkennbare iſt.

Das Bild, wonach die Schriften der Juriſten in den Digeſten excerpirt werden mußten, liefert uns der Titel der Inſtitutionen de exheredatione liberorum. Hier iſt bis zum §. 3. vom Notherbenrechte ſämmtlicher sui die Rede nach den

4) Es wird wohl Niemand einwenden wollen, daß Ulpian in den Fragmenten XXII. 14—23. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. ebenfalls nicht erwähne, ſondern nach Darſtellung des Civilnotherbenrechts der sui lediglich von der c. t. der emancipati ſpreche. So könne er es ja nun auch hier im fr. 1. de c. t. b. p gemacht haben. — Ich glaube aber kaum ernſtlich mich auf Widerlegung dieſes Widerſpruchs einlaſſen zu brauchen. Es handelt ſich hier von Ulpians weitläuftigem Edictscommentar, die c. t. b. p. ſollte hier vollſtändig erörtert werden, und wenn nun gar erſt die c. t. der filii und postumi hervorgehoben wird, ſo kann doch Ulpian unmöglich gerade die sui ausgelaſſen haben, die nicht eo jure vocantur, quo vocantur ex jure civili, die alſo Hauptperſonen für die c. t. b. p. ſind.

drei Klaſſen der **filii**, der Accrescenzerben und der **postumi**. Von einer ſelbſtändige Rechte gewährenden **c. t. b. p.** iſt bei allen dieſen Perſonen gar nicht die Rede, obgleich doch ſonſt auch Juſtinian von der nominellen **c. t.** der **sui** ſpricht [5]). Vielmehr wird des Accrescenzerbenrechtes nur als einer Antiquität gedacht, und das, was Gaius über ihre **c. t. b. p.** ſagt, wurde geſtrichen. Zeichen genug, daß Juſtinian die **ceterae liberorum personae** dem **filius** ganz gleich behandelt wiſſen will, alſo im Fall ihrer Präterition Nichtigkeit des Teſtaments und Inteſtatſucceſſion eintreten ſoll. Erſt im §. 3. kommt er dann auf die **c. t. b. p.** als ein für die **emancipati** beſtehendes Inſtitut.

Hieraus erklärt ſich nun vollkommen die Geſtalt zweier in dieſe Lehre ſchlagender Pandektentitel. Der eine iſt der **de liberis et postumis.** (**XXVIII. 2**). Lieſt man denſelben durch, ſo findet man immer nur Stellen, welche vom **filius** und von den **postumi** reden, ſehr natürlich, denn das, was die Römiſchen Juriſten über die Accrescenzerben ſagten, konnte nicht mit excerpirt werden, und Juſtinian zeigt es ſchon durch den Titel an, daß, was die Stellen vom **filius** ſagen, überhaupt von allen **liberi** gelten ſoll. Der andere Titel iſt eben unſerer **de c. t. b. p.** Es iſt darin nur ſehr wenig von der nominellen **c. t.** des **filius** und der **postumi** die Rede, eben weil er ja vorzugsweiſe von der wahren **c. t.** handeln ſollte. Von den Accrescenzerben aber iſt nun wieder hier eben ſo wenig zu finden, als im Titel **de liberis et postumis**, weil die davon handelnden Stellen der Römiſchen Juriſten, in Folge des genauen Zuſammenhangs mit dem civilen Accrescenzerbrecht, zur Aufnahme nicht geeignet waren. Daher kommt es, daß als Subjecte der **c. t. b. p.** vorherrſchend nur die **emancipati** vorkommen, und ſo iſt denn der Gedanke auch freilich ſehr erklärlich, daß man das Ganze für ein hauptſächlich um ihretwillen eingeführtes Inſtitut anſehen zu müſſen glaubte. Aber wir dürfen, da wir jetzt klarer ſehen können, nie vergeſſen, daß in der Juſtinianeiſchen Geſtalt die ganze eine Hälfte der zur **c. t.** berechtigten Perſonen hinweggefallen

5) §. 12. **I. de her. quae ab int.**

iſt. Hiernach verſtand es ſich denn auch von ſelbſt, daß ebenſo wie ſchon der Titel **de liberis et postumis** die Juſtinianeiſche Veränderung anzeigt, ſo auch in fr. 1. §. 1. das von Ulpian geſchriebene Wort **filii** mit **liberi** zu vertauſchen war. Vielleicht ſind auch noch die Worte: **eoque ordine** eine Interpolation. Wenn ſie Ulpian geſchrieben hat, ſo muß er damit eigentlich nur pleonaſtiſch gemeint haben, die **filii** würden nach demſelben Recht und nach den Grundſätzen deſſelben **ordo** (**unde liberi**) gerufen, als ſie ſchon nach Civilrecht die Erbſchaft erhalten. Da aber **ordo** im Sinn von „Erbklaſſe“ bei den Römern nicht gebräuchlich war, ſie vielmehr dafür das Wort **gradus** nehmen, ſo iſt es wohl wahrſcheinlicher, daß erſt Juſtinian, indem er den **filii** die übrigen **sui** gleichſtellt, zu den Ulpianſchen Worten **eo jure** noch das **eoque ordine** hinzuſetzte, um damit gleich die naheliegende Frage zu entſcheiden, in welcher Ordnung ſie zur Succeſſion berufen ſein ſollen.

§. 79. Unſer Satz, daß die **c. t. b. p.** ihrem Grundweſen nach ein für die **sui** aufgeſtelltes Inſtitut iſt, um das Recht der Accrescenzerben mit dem des **filius** und der **postumi** auszugleichen, ſcheint mir durch die bisherige Unterſuchung bewieſen zu ſein. Ich habe daran gleich die Darſtellung zweier Nebeninſtitute der **b. p.** zu fügen, die wir in unſeren Quellen gerade in engerer Verbindung mit **c. t.** verknüpft finden. Ich meine die **missio ventris nomine** und die **b. p. Carboniana.** Beide Lehren ſind neuerdings trefflich dargeſtellt worden von Bachofen [1]), und es kann mir nicht in den Sinn kommen, das von dieſem Schriftſteller Gegebene, ſoweit ich es billige, hier wiederholen zu wollen. Aber von dem Zuſammenhange dieſer Inſtitute mit der **c. t. b. p.** habe ich noch Genaueres anzufügen, das einestheils zur Erklärung der Lehren ſelbſt, anderntheils auch zur weitern Durchführung der bisher gewonnenen Reſultate mir nöthig ſcheint.

1) Pfandrecht I. S. 327—362.

1. Die missio ventris nomine.

Es ist eine sehr verbreitete Ansicht, daß diese missio nothwendig mit der c. t. b. p. zusammenhänge, so daß man sich das Bestehen der ersteren ohne das der letzteren nicht wohl denken könne. So hat Huschke aus dem Vorkommen der missio auf die Einführungszeit der c. t. b. p. geschlossen [2]), und auch Bachofen meint, sie sei, ausschließlich im Anfange mit der c. t. b. p. zusammenhängend, erst später auf andere partes edicti ausgedehnt worden. Die Gründe hiefür sind hauptsächlich die Stellung dieser Lehre in den Digesten, so wie auch gleich das fr. 1. pr. de ventre in poss. mitt.:

> Sicut liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem, vice contra tabulas bonorum possessionis.

Bachofen aber bemerkt mit Recht, daß wir nicht einen eigenen Abschnitt im Edicte hiefür annehmen dürfen, denn es wird uns entschieden berichtet, daß auf die prima pars edicti (von der c. t. b. p.) sogleich als secunda pars das Carbonianum edictum folgte [3]). Und dies zeigt auch die eben angeführte Stelle: „auch bei dieser pars des Edictes, nämlich bei der c. t. b. p., schütze der Prätor die noch nicht Geborenen.“ Also mag wohl in einer kurzen Nebenbemerkung im Edicte der c. t. b. p. von der missio ventris nomine die Rede gewesen sein. Indessen enthalten die Worte et hac parte edicti bereits die Hindeutung, daß dieselbe Berücksichtigung der postumi auch bei den übrigen partes edicti statt findet, und dies ist ja bekanntlich ganz entschieden der Fall [4]).

---

2) Richterſche Jahrb. 1839. Heft I. S. 18.

3) Fr. 4. de Carb. ed.

4) Fr. 10. de ventre in poss. — Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus jam erit, potest agnoscere bonorum possessionem. Nam et ventrem Praetor ex omnibus edicti partibus mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessioem. Fr. 1. §. 5. ad Sc. Tertull.

Die **missio ventris nomine** ist ein allgemeines Nebeninstitut der **b. p.**, wodurch allen, gleichviel aus welchem Grunde Berufenen, wenn sie beim Tode des Erblassers noch nicht geboren, wohl aber concipirt sind, die Erlangung der Erbschaft erleichtert wird. Und in dieser Weise ist es allerdings richtig, daß im Prätorischen Rechte die nach dem Tode Geborenen einen ganz eigenthümlichen Begriff der **postumi** bilden, womit aber doch die im §. 75. widerlegte Ansicht keine Unterstützung gewinnt. Denn dieser vom Prätor aufgestellte und durch die **missio** geschützte Kreis der Postumen geht über das Gebiet der **liberi** ganz hinaus, und dadurch kann also auch gar nichts weder dafür noch dagegen bewiesen werden, ob der Prätor den **postumi sui**, welche schon vor dem Tode des Erblassers erschienen sind, ihr Civilintestaterbrecht anerkennt oder nicht. Für diejenigen dagegen, welche das Civilrecht gar nicht kennt, kommt natürlich nur jener Prätorische Begriff der **postumi** in Betracht, und so kann man denn allerdings von einem **postumus ex emancipato** nur sprechen, wenn derselbe nicht bloß nach der Testamentserrichtung sondern auch nach dem Tode des Erblassers geboren ist.

Daß nun dieses Princip: alle **postumi** sollen in sämmtlichen Theilen des Edicts denen, **qui jam in rebus humanis sunt**, gleichstehen — erst nach und nach von der **c. t. b. p.** auf die übrigen Klassen der **b. p.** ausgedehnt worden sei, dafür finde ich in unseren Quellen nirgends einen Beweis. Die Zusammenfassung der ganzen Lehre in den Digesten gleich bei der **c. t.** rührt nämlich, wie wir noch genau erkennen können, lediglich von den Compilatoren her. Ulpian, aus dessen Fragmenten der Titel **de ventre in poss. mitt.** hauptsächlich besteht, hat in seinem Edictscommentare an ganz verschiedenen Orten von dieser **missio** gesprochen. Das **fr. 1.** ist aus seinem 41sten Buche **ad edictum**, und hier spricht er allerdings von der **missio**, welche **vice contra tabulas bonorum possessionis** gegeben wird. Auch ist es sehr natürlich, daß er hier nach Erörterung der berechtigten Subjecte (**pr.** — §. 16.) gleich die allgemeinen Grundsätze mittheilt, welche überhaupt bei allen **missiones ventris nomine** statt finden (§. 17—28). Aber von einer Erweiterung der **missio** auf die anderen Edicts-

klaſſen, zu der erſt die c. t. b. p. die Veranlaſſung gegeben habe, iſt gar nicht die Rede. Und es kann auch wohl nicht bezweifelt werden, daß ebenſo wie bei der c. t., ſo auch wieder ganz ſelbſtändig bei der sec. tab. b. p. im Prätoriſchen Edicte von den **postumi** die Rede war. Denn die Emendationen, welche der Prätor für die **postumi alieni** einführte [5]), können doch wahrlich nicht bei der c. t. b. p. ihren Platz gefunden haben. Deßhalb iſt es denn auch bei weitem das Natürlichſte anzunehmen, daß das **fr. 6. de ventre**, welches ebenfalls aus Ulpians 41ſtem Buche genommen iſt, aber von der **missio** eines **extraneus postumus** ſpricht, ſich bei Ulpian nicht an die Darſtellung der **contra tabulas**, ſondern an die der **sec. tabulas** anſchloß. Denn in dieſem Buche war auch ſchon die letztere Klaſſe abgehandelt [6]). Endlich ſpricht Ulpian von der bei der Inteſtatſucceſſion eintretenden **missio** erſt im 47ſten Buche, woraus das **fr. 7. de ventre** genommen iſt, alſo erſt hinter den Prätoriſchen Inteſtatklaſſen [7]),

---

5) Pr. I. de b. p.

6) Fr. 2. de b. p. sec. tab.

7) Fr. un. unde vir et uxor iſt ebenfalls aus dieſem 47ſten Buche. Man ſollte meinen, Ulpian würde am Ende der Cognatenklaſſe von der **missio** geſprochen haben, denn natürlich bei der b. p. unde vir et uxor konnte ſie nicht vorkommen. Dem widerſpricht aber ein Baſilikenſcholiaſt ad l. 6 Bas. XXXIX. I. de querel. test. (Heimbach IV. p. 5.), der von der Sache unterrichtet zu ſein ſcheint: Post bonorum possessionem unde vir et uxor Praetor haec subjecit et dixit: In omnibus autem bonorum possessionibus (d. h. es werden hier wohl nur die b. possessiones ab intestato gemeint ſein, denn daß bei der contra und secundum tab b. p. noch beſonders von den postumi die Rede war, kann doch wohl nach dem im Text Geſagten nicht geläugnet werden) si inciderit persona postumi, nato quidem eo do competentem bonorum possessionem: quamdiu autem est in utero, mitto eum in possessionem, quae dicitur ventris nomine. Hoc autem caput adhibe eis bonorum possessionibus, in quibus de persona postumi tractari potest. Nam in b. p. unde vir et uxor hoc non procedit, et ineptum est hoc dicere. Quomodo enim dici potest, vel uxorem postumam mariti, vel maritum postumum uxoris esse? Hiernach beſtand alſo hinter der b. p. unde vir et uxor ein eigenes caput über die **missio ventris nomine** bei den Inte-

und dies wird ebenfalls nur darin seinen Grund haben, daß auch bei der Intestatsuccession sich eine eigene Bemerkung über die Zulassung des **venter** im Prätorischen Edicte fand.

Hiernach sind also historische Andeutungen, bei welcher Klasse wir den Ursprung der **missio** anzunehmen hätten, gar nicht vorhanden. Es wäre möglich, daß die betreffenden Stellen zu gleicher Zeit bei der **contra, secundum tabulas** und der **ab intestato b. p.** ins Edict eingefügt worden seien; oder wer es auch hier für wahrscheinlich hält, daß das spätere allgemeine Princip sich aus ursprünglich kleinerem Keime entwickelt habe, kann ebenso gut meinen, daß es bei der **ab intestato b. p.** begonnen habe, und dann auf die **c. t. b. p.** ausgedehnt worden sei, als umgekehrt. Denn daß die späteren Römischen Juristen in ihren Edictscommentaren das Allgemeine der ganzen Lehre gleich da abhandeln, wo sie zuerst von der **missio** zu sprechen haben, also bei der **c. t. b. p.**, — daraus ist doch wahrlich kein Beweis zu entnehmen, für diese Klasse müsse auch die **missio** zuerst eingeführt worden sein.

Gehen wir nun aber genauer darauf ein, wie Ulpian in **fr. 1. de ventre** die **vice c. t. b. possessionis** stattfindende **missio** darstellt. Seine Auffassung ist ganz analog der, welche wir überhaupt von der **c. t. b. p.** haben kennen lernen. Wir sehen, daß in dem Satze, die **missio** werde **vice contra tabulas bonorum possessionis** gegeben, als etwas sich von selbst Verstehendes der andere Satz enthalten ist, sie stehe den **sui** zu. So heißt es gleich im §. 2:

> **Toties autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus, et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum est. Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo, qui editur, suus futurus sit, ventrem mittemus; aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.**

Ulpian giebt hier das eigentliche Princip an, welches dem

---

statklassen, welches uns der Scholiast ziemlich wortgetreu mitzutheilen scheint.

Institute zum Grunde liegt; der, welcher **dominus bonorum** werden wird, sobald er erscheint [8]), d. h. der **suus**, soll in aller Weise geschützt werden, auch auf die Gefahr hin, daß er nicht erschiene, also der Erbschaft unnütze Kosten verursacht worden wären. Dies Princip setzt aber die Suität nothwendig voraus, nur für sie gilt der Satz, daß, sobald der **suus** erscheint, er von selbst **dominus bonorum** wird, was ja die Römer soweit ausdehnten, daß der schon vorhandene **suus** auch bereits bei Lebzeiten des Vaters «**dominus quodammodo existimabatur.**» So spricht denn auch Ulpian in den folgenden §§. immer nur vom **suus**, und erst im §. 11. kommt er auf den **emancipatus**. Ebenso wie er bei der **c. t. b. p.** sagt: **Et sui juris factos liberos inducit in b. p. Praetor**, so sagt er hier: **Etiam ex emancipato venter ad possessionem admittitur.**

Wir sehen also auch hier, daß die **emancipati** nur als ein Anhang erscheinen, auf die analog ausgedehnt wird, was sich an und für sich nur auf die **sui** bezieht. Ulpian führt dies auch ausdrücklich noch weiter durch. Das eigentliche Princip der **missio** liegt hier nicht vor, denn von einem zukünftigen **dominus bonorum** ist hier nicht die Rede. Aber dennoch darf man analogisch den **emancipatus** dem **suus** gleichstellen:

> **Est enim aequissimum, partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est.**

Die Verschiedenheit in der Ausdrucksweise ist auf den ersten Blick einleuchtend. Wenngleich der aus der Gewalt Getretene nicht **dominus bonorum** ist, so hat ihn doch die Prätorische Machtvollkommenheit durch Ertheilung einer **b. p.** dem **suus** gleichgestellt, und so ist denn auch billig, daß die **missio** auf ihn angewandt werde.

Wie sehr aus dieser Anschauung der **vice c. t. b. p.** gegebenen **missio**, das oben über die **c. t.** selbst und ihre Hauptrichtung auf die **sui** Gesagte bestätigt wird, bedarf keiner weiteren Ausführung. Aber das von Ulpian angegebene Princip der **missio** ist uns auch zum genaueren Verständniß ihrer selbst

8) S. Bd. I. S. 6. Note 8.

dienlich, und wir werden daraus leicht ableiten können, wie wir uns überhaupt ihre Verbindung mit der c. t. b. p. zu denken haben.

Ich glaube allerdings nicht, daß die missio gleich anfangs in der Ausdehnung aufgestellt worden sei, welche sie später hatte, und das Bisherige zeigt uns wohl genügend an, wo wir den Ursprung des Institutes zu suchen haben. Es war ursprünglich nur ein Recht der sui, und daß der Prätor zu ihrem Besten darauf kam, die väterliche Erbschaft in dieser Weise ihnen zu bewahren, ist doch auch so erstaunlich natürlich. Und diese seine ursprüngliche Gestalt hat das Institut trotz der weiteren Ausdehnungen doch eigentlich noch vollkommen bewahrt. Eine ganz volle Uebertragung haben die Römer nur bei den emancipirten Kindern zugelassen, weil diese rescissa emancipatione als sui fingirt wurden. Bei den übrigen Klassen dagegen hat nur eine limitirte Anwendung statt gefunden. Das Princip war ja, daß es sich um den zukünftigen dominus bonorum handele, und dieser alimentirt werden müsse, wogegen es nicht in Betracht kommen solle, daß vielleicht hinterdrein die ganze Hoffnung vereitelt würde, und mithin unnütze impendia gemacht worden seien.

Diesen vollen Begriff der Mission hat man stets nur für die Kinder anerkannt, auf die übrigen Erbberechtigten wurde bloß der Satz ausgedehnt, daß dem noch nicht Geborenen sein Theil aufbewahrt werden solle, ja auch mit Hinzuziehung der Grundsätze des Carbonianum edictum, daß ein etwaiger Proceß über den status bis zur Legitimität aufzuschieben sei. Aber von Alimentation soll hier nicht die Rede sein, und deßhalb wird auch eine solche missio, die hier ganz mit der Carboniana b. p. in Eins zusammenschmilzt, ohne alle causae cognitio ertheilt. Letztere, und mithin die eigentliche missio, tritt nur ein, wo der venter cum liberis admittitur [9]). Deßhalb sagt denn auch Ulpian, daß bei der sec. tab. b. p. ein extraneus postumus institutus nur mittirt werde, wenn die mater aliunde se alere non possit [10]).

---

9) Fr. 7. pr. §. 1. de ventre.
10) Fr. 6. eod.

Hiernach ist aber der Rückschluß wohl unzweifelhaft, daß, da die Suität das eigentliche Grundprincip der Mission ist, ihre Verbindung mit c. t. b. p., wie wir sie in den Quellen finden, nur eine äußerliche ist, nicht aber, daß wir uns ohne die c. t. das Bestehen der missio gar nicht denken könnten. Dies zeigt sich auch noch sehr deutlich zur Zeit Ulpians. Die Verbindung beider ist nur eine negative, indem der suus, welcher auf alle Fälle von der c. t. ausgeschlossen, d. h. exheredirt ist, auch keinen Anspruch auf die missio hat. Ulpian sagt dies in dem vorher mitgetheilten fr. 1. §. 2. ausdrücklich. Dagegen das positive Erforderniß der c. t., daß er präterirt sein müsse, ist gar nicht nöthig, und es ist gewiß keine erst spätere Ausdehnung, daß man die sui auch wenn sie instituirt waren, oder ab intestato mittirte [11]). Ferner ist wohl zu bemerken, daß, selbst wenn der suus präterirt war, er gar nicht nöthig hatte, hinterdrein, wie das bei allen Uebrigen, namentlich den emancipati, der Fall war, noch eine b. p. zu erbitten [12]). Also für denjenigen, der dominus bonorum futurus est, steht die missio in gar keiner nothwendigen Verbindung mit der Agnition einer b. p.; sie steht ihm frei, und kann je nach den einzelnen Fällen eine c. t. sec. tab., oder ab intestato bon. poss. sein, aber sie kann, da ihm die Erbschaft ipso jure zufällt, auch unterbleiben, und er steht dann doch der folgenden Klasse entgegen.

Es bedeutet also die Verbindung mit der c. t. nur so viel, daß jeder suus, dem die c. t. deferirt wird, falls er noch nicht geboren ist, die missio veranlassen kann, aber die missio kann auch eintreten, wenn dem suus nach seiner Geburt eine andere Klasse der b. p. deferirt wird. Mithin ist das Gebiet der missio weiter, aber da sie doch beide darin völlig übereinstimmen, daß sie den sui non exheredati gegeben werden, so war es sehr natürlich, daß die Römer die missio der sui gleich an die c. t. b. p., seitdem diese über-

11) Fr. 6. pr. de inoff. test.

12) Fr. 2. §. 11. ad SC. Tert. — Et puto non nocere, si non suus patri agnascitur; neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem.

haupt bestand, knüpften, denn stets, wo der suus diese erbitten kann, wird einstweilen vice c. t. b. possessionis die missio gegeben [13]; aber freilich findet sie für den suus auch noch vice secundum tabulas oder ab intestato bonorum possessionis statt. Danach können wir uns sehr wohl eine Zeit denken, wo es noch keine c. t. b. p. gab, eine missio aber für die postumi sui bereits bestand, mogten sie nun ex testamento oder ab intestato (wenn gar kein Testament gemacht war, oder sie es rumpirt hatten) gerufen werden. Und in der That müssen wir eine solche Zeit annehmen, da bei der missio schon Servius citirt wird [14], wogegen die Einführung der c. t. b. p. erst einer spätern Zeit zugeschrieben werden kann.

§. 80. **2. Die missio ex Carboniano edicto.** — Dies Nebeninstitut hat in Bezug auf seinen Zusammenhang mit der c. t. b. p. sehr viel Aehnlichkeit mit der missio ventris nomine, nur daß es noch viel mehr auch in den Digesten die Gestalt zu Tage legt, welche wir in dem vorigen § der ursprünglichen und eigentlichen missio v. n. vindicirt haben. Seine Hauptvoraussetzung ist das Kindesverhältniß gegen einen pater familias [1]), welches dem, der Erbansprüche macht, bestritten wird, und die Ausdehnungen, wonach dieses Institut auf andere Erbklassen übertragen ist, sind noch viel singulärer als bei jener missio. An und für sich ist eine Ausdehnung überhaupt gar nicht bei allen Klassen denkbar, z. B. nicht bei einem extraneus heres institutus, während hier allerdings eine missio ventris nomine statt finden konnte, es muß doch wenigstens immer ein Verwandtschaftsverhältniß gedacht werden, worauf Jemand sein Erbrecht stützen

13) Die c. t. b. p. des präterirten postumus suus ist ja überhaupt für seine Person nur eine nominelle, und bezieht sich also hauptsächlich auf die Concurrenz mit anderen liberi, welche die c. t. b. p. erbaten.

14) Fr. 1. §. 24. de ventre.

1) Fr. 1. pr. de Carb. ed. — Si cui controversia fiet, et inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

will, und welches nun von Anderen bestritten wird. So finden sich allerdings analoge Anwendungen des **Carbonianum edictum** auf die **maternae**, die **fraternae hereditates**, sowie überhaupt auf die Klasse der **legitimi**, aber daß dies doch nur Anomalien sind, zeigen die Stellen, welche davon reden, auf den ersten Blick [2]).

Deßhalb ist auch, während das Edict und so die Römischen Juristen in den Edictscommentaren von der Mission zu erwartender **postumi** an verschiedenen Orten sprachen, von der **Carboniana b. p.** lediglich hinter der **c. t.** die Rede, und es bildete das **Carbonianum edictum**, wie schon aus dem Worte zu ersehen ist [3]), einen eigenen (hinter der **prima pars** d. h. der **c. t. b. p.** stehenden) Abschnitt im Prätorischen Edict.

Das Carbonianische Edict enthält also ein eigenthümliches Recht der **liberi**, und da eben diese **liberi** (in derselben technischen Bedeutung) auch vom Prätor zur **c. t. b. p.** gerufen werden, so sagt deßhalb Ulpian in **fr. 1. §. 3. de Carb. ed.**, um den Umfang der hier im Allgemeinen berechtigten Personen zu bezeichnen:

> **Et generaliter dicimus, his demum Carbonianum competere, quibus contra tabulas bonorum possessio competit, his vero non competere, qui repelluntur a contra tabulas bonorum possessione.**

Dies soll aber nur den Kreis der **in abstracto** berechtigten Personen bezeichnen, es heißt nur soviel als: dieselben **liberi**, welche der Prätor bei der **prima pars edicti** meint, für diese ist auch das **Carb. ed.** aufgestellt. Wir dürfen nicht glauben, daß diese **liberi** nur dann dazu berechtigt seien, wenn sie im einzelnen concreten Fall die **c. t. b. p.** zu agnosciren haben, d. h. also wenn sie *präterirt* sind. Vielmehr sagen uns die unzweideutigsten Stellen, daß, auch wenn sie instituirt sind, oder wenn gar kein Testament gemacht ist, bei allen

---

2) **Fr. 7. §. 1. de ventre in poss. Fr. 3. §. 7. fr. 6. pr. §. 1. de Carb. ed.**

3) S. Bd. I. S. 68.

Klaſſen, worin dieſe **liberi** überhaupt gerufen werden (alſo **unde liberi**, ferner in der erſten Klaſſe der **legitimi**, endlich **unde cognati**), das **Carbonianum edictum** eintreten kann [4]). Es findet ſich alſo hier genau derſelbe Zuſammenhang mit der **c. t. b. p.**, welchen wir im vorigen § für die urſprüngliche und eigentliche **missio ventris nomine** nachgewieſen haben. Es wird damit nur ausgedrückt, daß man hier von denſelben **liberi** ſpreche, wie bei der **c. t.**, und daß dieſe **liberi** nicht exheredirt ſein dürfen [5]).

Unter dieſen **liberi** verſtehen aber die Römer, wie wir nun ſchon mehrfach geſehen haben, an und für ſich nur die **sui**, ſo daß ſie es gar nicht für unnöthig halten, noch beſonders hinzuzufügen, die **emancipati** ſeien den **sui** gleichgeſtellt worden. Nun ſcheint es mir aber von großer Bedeutung, daß ſich eine ſolche Stelle, wie **fr. 1. §. 6. de c. t. b. p.** und **fr. 1. §. 11. de ventre in poss.**, im Titel **de Carbon. ed.** gar nicht findet, ja noch viel mehr, daß überhaupt in dieſem ganzen Titel gar kein Fall erwähnt wird, wo einer Perſon, deren Ausgetretenſein aus der Gewalt des Erblaſſers feſtſtände, deren cognatiſches Kindesrecht aber beſtritten würde, eine **b. p. Carboniana** gegeben wäre [6]). Vielmehr ſieht man aus der häu-

---

4) **Fr. 3. pr. h. t.** — Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas bonorum possessionem, et intestati, quum et in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum, veluti si paterfamilias ita instituerit: postumus heres esto, vel: postuma heres esto, et negetur esse verum, quod in testamento scriptum est. **Fr. 6. §. 2. eod.** — Huic autem edicto locus est, etiamsi ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi, tametsi ex inferioribus partibus petant: qua legitimi vocantur, quoniam sui sunt, (d. h. wenn ſie nach Verſäumung der Klaſſe unde liberi, im ordo unde legitimi als sui die b. p. erbitten), vel ex illa, quae cognatis datur.

5) **Fr. 20. de inoff.** — Außer natürlich, wenn dieſen Exheredirten doch der Weg zur Succeſſion dadurch eröffnet wird, daß ein präterirter Bruder die Inteſtaterbfolge eröffnet oder ſonſt ſich das Teſtament als nichtig erweiſt. **Fr. 7. §. 6. h. t.**

6) Fabricius (b. p. S. 182. Not. 265.) beruft ſich für das Gegentheil auf **fr. 7. pr. §. 1.** und **fr. 8. §. 1. h. t.**; aber es bedarf wohl

sig wiederkehrenden Bezeichnung des Erblassers durch paterfamilias, und überhaupt aus der Fassung jeder einzelnen Stelle, daß die Römischen Juristen unter den liberi hier lediglich die sui verstehen. Ja in fr. 8. §. 1. h. t. wird ausdrücklich das filium esse und das in potestate patris esse getrennt, und auch wenn nur Letzteres zweifelhaft sei, die b. p. Carboniana zugelassen.

> Item si emancipatus decessit intestato, superstite filio impubere, qui se ei suum esse dicit, ego contendo ante emancipationem conceptum, atque ideo in mea potestate esse, et bona emancipati ad me pertinere; et quidem hunc filium esse constat, sed hactenus de statu ejus quaeritur, in potestate patris fuerit nec ne? Sententia tamen edicti procul dubio ex Carboniano admittitur.

Aber hierin liegt doch der deutliche Beweis, daß eben das Bestrittenwerden des status eines suus die regelmäßige Voraussetzung des Edictes ist.

Wir haben nun die Gründe und Folgerungen dieser Beschränkung der Carboniana possessio auf die sui näher in's Auge zu fassen.

Zuerst leuchtet ein, daß ein aus der Gewalt Getretener

---

keiner Ausführung, daß es sich hier lediglich um die Frage handelt, ob Jemand suus sei oder nicht. Dagegen müßten wir hier einen Fall haben, wo es feststeht, daß die zu mittirende Person sui juris sei, aber ihre Abstammung vom Erblasser bestritten wird. Die einzige Andeutung davon könnte man (so viel ich sehe), in fr. 20. de inoff. finden wollen: toties enim ea indulgenda est, quoties, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor. Man müßte hier unter dem Letzteren einen filius verstehen, der aber nicht heres, sondern lediglich b. possessor wäre, und damit den emancipatus meinen. Aber abgesehen, daß dies in den Worten gar nicht sicher liegt, so ist jedenfalls die Beziehung auf den emancipatus durch gar nichts gefordert. Es giebt sui, die lediglich durch die b. p. zur Erbschaft gelangten (fr. 1. §. 4. de Carb. ed.) und auch die Accrescenzerben bekamen ja durch die c. t. b. p. erst einen Anspruch auf die tota hereditas.

beim Carb. cd. nur in singulären Fällen überhaupt denkbar ist. Bei einem Kinde ersten Grades scheint es kaum möglich, daß, wenn der Vater es anerkanntermaßen vor dem vierzehnten Jahre emancipirt hat, demselben sein Kindesverhältniß sollte angefochten werden können. Denn durch die Emancipation hat ja doch der Vater das Kind als das *seinige* anerkannt, und es müßte ein sehr complicirter Fall angenommen werden, wenn hier doch Jemand z. B. die Unterschiebung des Kindes behaupten wollte. Denkbarer wird der Fall, wenn man einen Descendenten entfernteren Grades annimmt; also z. B. der Vater den Sohn emancipirt hatte, von dem nun ein nach der Emancipation concipirter unmündiger Enkel, nachdem der Sohn schon gestorben ist, auf die großväterliche Erbschaft Anspruch macht. Wenn man nun ihm gegenüber die Unterschiebung behauptete, und so war ihm allerdings die sofortige Zulassung mittelst der **Carboniana praesumtio** von großem Interesse. Sollten wir nun diese hier läugnen können, weil sie für diesen Fall in den Quellen nicht erwähnt wird? Ich glaube dies keineswegs, da man sie ja sogar den Kindern in Beziehung auf die **materna hereditas** zugestanden hat, aber freilich meine ich, daß man den **emancipatus** ebensosehr als die Kinder rücksichtlich der mütterlichen Erbschaft von dem eigentlichen Gebiete der **missio Carboniana**, bei der die Römer immer **sui** vor Augen hatten, sondern müsse. Dies wird aus Folgendem hervorgehen.

Daß die **Carboniana b. p.** ein **decretum** des Prätors voraussetzt, leidet keinen Zweifel. Die Römer nennen ihre Ertheilung kurzweg das **Carbonianum decretum** [7]). Sie enthält ein außerordentliches Eingreifen der Prätorischen Machtvollkommenheit. Das Kind soll einstweilen als rechtmäßiges präsumirt werden, ohne daß aber dadurch der Wahrheit präjudicirt würde, welche nach dem Eintreten des Kindes in die Pubertät genauer untersucht werden muß. Es fragt sich nur, in wie weit diese Ertheilung der **Carb. b. possessio** eine Veränderung in den gewöhnlichen Regeln hervorbringt, nach

7) Fr. 7. pr. §. 4. §. 6. h. t.

welchen das Erbrecht, das civile wie das Prätoriſche, realiſirt zu werden pflegt.

Hier finden wir nun, daß das Prätoriſche Erbſyſtem und die Grundſätze des **successorium edictum** durch die **Carb. possessio** gar nicht affiicirt werden, und ebendeßhalb muß der **missus**, wenn er die weitere Delation der **b. p.** ſiſtiren will, ſelbſt daneben die **ordinaria b. p.**, die ihm ja immer deferirt iſt, **agnosciren** [8]). Dies erklärt ſich leicht aus dem allgemeinen Begriff der **b. p.**, bei welcher die Römiſchen Juriſten eine wo möglich raſche Erbſchafts-Regulirung ſtets hervorhoben [9]), die doch jetzt neben der ganz interimiſtiſchen **Carbon. possessio** ſchon ebenſo erledigt werden kann, als ſpäter. Dagegen die Frage über die Civilerbſchaft muß einſtweilen ſiſtirt werden. In dem Falle, von dem die Römiſchen Juriſten immer ſprechen, nämlich wenn es ſich um einen **suus** handelt, iſt ja dieſer, falls ihm ſein **status** mit Unrecht beſtritten wird, der **heres**, und ihm ſteht die **hereditatis petitio** zu. Im entgegengeſetzten Fall dagegen iſt der Gegner der **heres**. Man weiß alſo noch gar nicht, wer der civilrechtliche Erbe ſei, und dies muß erſt durch die Anſtellung der **her. petitio**, welche jeder von Beiden unternehmen kann, zur Entſcheidung gebracht werden. Wegen der Impubertät des einen Theils ſoll aber dieſer Erbſchaftsproceß einſtweilen noch gar nicht ſtatt finden. Man nimmt nun heutzutage gewöhnlich an, daß die **Carboniana possessio** deßhalb eine **decretalis** ſei, weil der Prätor der Ertheilung eine **causae cognitio**, und zwar eine doppelte vorausgehen laſſe [10]). Indeß muß ich dies durchaus läugnen. Wir werden ſpäter noch allgemeiner den Satz feſtzuſtellen haben, daß zwiſchen den **causae cognitiones** und dem **decretum** an und für ſich gar kein directer Zuſammenhang ſtatt findet. Die **causae cognitiones** können ſich auch lediglich darauf be-

---

8) **Fr. 3. §. 15. h. t. Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam b. p. accipere, verum etiam ordinariam agnoscere.**

9) **Fr. 1. de bon. poss. furioso.** — »Ne bona jaceant.« Bd. I. S. 386. Not. 3.

10) **Fr. 1. pr. fr. 3. §. 5. h. t.**

ziehen, ob die Voraussetzungen des Edictes vorhanden sind, und die Entscheidung des Prätors ist hier entweder datio oder denegatio bonorum possessionis [11]). Dies nennen dann aber die Römer keineswegs ein Decretum, sonst müßte ja jede ertheilte b. p. eine decretalis sein, vielmehr hat eine wahre decretalis b. p. noch immer ganz besondere Voraussetzungen. Das können wir auch hier bei der Carboniana erkennen, bei der es sehr deutlich hervortritt, daß die causae cognitio und das Decretum zwei ganz verschiedene Dinge sind, und wahrlich nicht bloß, weil jene vorgenommen wird, Letzteres eintritt. Dies erhellt aus fr. 6. pr. h. t.

> De bonis matris an decretum interponendum sit quaeritur. Et decretum quidem non est interponendum, dilatio autem longissima danda est, quae in tempus pubertatis extrahet negotium.

Wenn hier der Prätor den Streit über die Rechtmäßigkeit des Kindes bis zur Pubertät aufschiebt, so kann doch kein Zweifel sein, daß er dieselben causae cognitiones anstellt, welche überhaupt bei der missio Carboniana statt finden [12]). Dennoch soll hier das sollenne decretum nicht interponirt werden, weil überhaupt die maternae hereditates außerhalb des eigentlichen Gebietes unserer Lehre liegen. Wenn aber hier das decretum unterblieb, so scheint es mir noch viel weniger bei einem Emancipirten rücksichtlich des väterlichen oder großväterlichen Vermögens gedacht werden zu können.

Ich wüßte keinen Grund, weßhalb an und für sich zur Ertheilung der Carboniana b. p., wenn man sie bloß aus dem Gesichtspunkte einer interimistischen Besitzesverleihung be-

---

11) Fr. 10. h. t.

12) Noch viel weniger ist ein Decret denkbar, wenn nach fr. 7. §. 1. de ventre in poss. im ordo unde legit. der Streit bis zur Pubertät aufgeschoben wird, weil hier gar nicht einmal die possessio ertheilt wird, also auch die vorgängige causae cognitio wegfällt. — Nicht zu verwechseln mit dem Fall der materna hereditas, wenn über den status des Kindes Zweifel bestehen, ist der andere, §. 76. Note 3. erwähnte (fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.), wenn der status der Mutter ungewiß ist. Hier bedarf es nämlich, um dem Kinde sein Recht zu bewahren, eines decretum.

trachtet, mehr als zu jeder anderen b. p. ein decretum nöthig sein sollte. Alle b. possessiones sind einstweilige Constituirungen eines possessor, über das Recht eines heres wird dadurch an und für sich gar nicht entschieden, es hängt von weiteren Umständen ab, ob die b. p. cum oder sine re sein werde. Wenn also beim Carbonianum edictum nichts Weiteres in Betracht käme, so müßte die Erlassung eines decretum hier eine ganz unerklärliche Singularität sein, denn das Institut ist doch im Edicte vollkommen regulirt, und es kann also nicht deßhalb von einer decretalis b. p. gesprochen werden, weil hier über die Grenzen des Edicts hinaus der Prätor b. p. ertheilte.

Wenn wir aber, wie auch die Quellen thun, bei der Carb. b. p. einen suus voraussetzen, so liegt der Erklärungsgrund, weßhalb hier ein besonderes decretum nöthig war, nahe genug. Falls der zu mittirende suus wirklich ein legitimes Kind ist, so steht ihm das civile Erbrecht zu. Ein Gegner aber bestreitet seinen status, und behauptet deßhalb, er selbst sei der heres. Es muß hier also nothwendig zur hereditatis petitio kommen [13]), mag nun der Eine oder der Andere die klägerische Rolle übernehmen. Aber nun interponirt sich der Prätor; indem er die Carboniana ertheilt, entscheidet er gleichsam den Erbschaftsproceß, d. h. indem er sich nach der von ihm aufgestellten Präsumtion für den impubes erklärt, läßt er nicht bloß den Proceß unentschieden, sondern er erkennt dem Gegner sein civiles Erbrecht ab, und setzt den impubes ganz in die Lage, als wenn er mit der her. pet. gesiegt hätte. Freilich nur interimistisch bis zum Eintritt der Pubertät, aber das Wesen der Prätorischen Entscheidung wird dadurch nicht verändert, und sie hat auch auf den späteren wirklichen Erbschaftsproceß entschiedenen Einfluß, indem der Mittirte, wenn er nur Caution leistet, darin die Beklagtenrolle erhält, während er, wenn sein Gegner vor der Mission

13) Deßhalb setzen auch die Römer nicht bloß eine Bestreitung des status, sondern stets einen solchen Gegner voraus, welcher in Folge dessen eine hereditatis controversia veranlassen will. fr. 6. §. 3. h. t.

beſaß, die **her. pet.** ſelbſt hätte anſtellen müſſen [14]). Wir haben hier alſo eine **b. p.**, die allen übrigen, bei denen das Recht des **heres** noch gar nicht in Frage kommt, vollkommen entgegenſteht. Es iſt die einzige, worin ſchon der Prätor über das civile Erbrecht ſelbſt entſcheidet. Rechnen wir nun noch hinzu, daß früher die Proceſſe über civiles Erbrecht vor die Centumvirn gehörten, daß hier alſo der Prätor in deren Competenz eingreift, ſo iſt jedenfalls nöthig, daß, wenn freilich die Berechtigung dazu dem Prätor entſchieden zuſteht, und er damit auch dem ſpäteren Erbſchaftsproceß gar nicht präjudiciren will, — der Spruch des Prätors ein wahres **decretum** ſein muß.

Ganz anders aber ſtellt ſich die Sache bei einem **emancipatus**. Dieſer iſt nicht **heres**, ſeinem Gegner alſo, der ihm ſein Verwandſchaftsrecht mit dem Erblaſſer ſtreitig macht, und die Erbſchaft in Anſpruch nimmt, wird ſein civiles Erbrecht gar nicht beſtritten. Eine **hereditatis controversia** findet gar nicht Statt. Es handelt ſich bloß darum, ob hier in der That eine Perſon berechtigt ſei, in einer Klaſſe, welche gegen den **heres cum re** iſt, **b. p.** zu erbitten. Dies iſt überhaupt die Frage von den *bedingenden* und *vernichtenden* Beweiſen, welche zur Agnition einer jeden **b. p.** gehören. Wir werden davon für die **c. t. b. p.** ſpäter noch beſonders ſprechen. Jedenfalls aber wird es wohl nicht eines eigenen Beweiſes bedürfen, daß z. B. die Frage von der Unterſchiebung eines Kindes unter die vernichtenden Beweiſe gehört [15]). Sie kann gegen den **b. possessor** auch wenn er über vierzehn Jahre iſt (mag er **suus** oder **emancipatus** ſein), ſtets noch vorgebracht werden, in deren Folge dann die **b. p.** als **non data** erſcheint, und der Gegner durch **her. aditio** oder auch durch **agnitio** der **b. p.** zur Erbſchaft gelangen kann [16]). War nun aber der agnoscirende **emancipatus** unter vierzehn Jahren, ſo zweifle ich gar nicht, daß der Prätor wie bei der müt-

14) fr. 6. §. 6. h. t.

15) S. Bd. I. S. 205.

16) Wir brauchen uns den Gegner gar nicht als Civilerben zu denken, es kann auch z. B. ein Cognat ſein, der durch Wegräumung des Vorgängers zur **b. p.** gelangen will.

terlichen Erbschaft die Frage noch sistirt haben wird, damit der, dessen ganzes Recht auf der b. p. ruht, die der Gegner als ganz ungültig darstellt, sich gehörig dagegen vertheidigen könne. Aber es fehlt ganz jene nothwendige Beziehung auf einen civilen Erbschaftsproceß, dessen Durchführung der Prätor durch seine Interposition sistiren müßte, es fehlen also alle Voraussetzungen eines **decretum** oder m. a. W. des eigentlichen **Carbonianum edictum.** —

Nach dieser Darstellung bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß man die mehren Stellen des Titels **de Carboniano edicto**, worin von der **hereditatis petitio** oder **controversia** die Rede ist[17]), ganz fälschlich dazu angewandt hat, um das Bestehen der **her. petitio possessoria** zur Zeit der klassischen Juristen darzuthun.

III. Das Recht der Emancipirten.

§. 81. Daß die **sui** die Hauptpersonen der **c. t. b. p.** sind, und daß die **emancipati** nur nebenbei noch hinzugezogen

---

17) S. außer den gelegentlich schon angeführten namentlich noch das vielbesprochene fr. 3. §. 13. h. t., worin es heißt, daß der missus einstweilen mit dem Besitze (und den possessoriae actiones b. h. dem Int. quor. bon. und den fictitiae actiones. fr. 4. eod.) zufrieden sein soll; wenn er aber doch die civilen Einzelklagen oder die her. pet. anstellen wolle und sich dafür auf die praesumtio Carboniana berufe (quasi bonorum possessor Carbonianus), so sei ihm die doli exc. entgegenzustellen; wogegen freilich, wenn er auf die praesumtio Carboniana verzichten wolle, ihn natürlich Niemand hindern könne; denn die ganze Präsumtion war ja nur zu seinem Besten aufgestellt, damit er eben die directa actio quasi heres, worin schon über seinen status und sein civiles Erbrecht definitiv entschieden wird, nicht aufzustellen brauche, und doch zum Besitz gelange. — Die Stelle setzt also voraus, daß ein Carbonianus b. possessor an und für sich nur die possessoriae actiones anstellen darf, und wenn er mehr will, auf das beneficium der praesumtio Carb. verzichten muß; dies aber beweist, daß aus der gewöhnlichen c. t. b. p., die ja im Uebrigen von der Carboniana nicht verschieden ist, ebenfalls nur die possessoriae actiones (fictitiae u. Int. quor. bon.) hervorgehen, daß also von einer hereditatis petitio possessoria hier nirgend eine Spur ist.

wurden, ſcheint mir durch die bisherigen Ausführungen genügend bewieſen. Es iſt alſo die Erweiterung der c. t. auf die **emancipati** als ein zweiter Schritt zu denken, der aber ſo nahe lag, daß er vielleicht ſehr bald der erſten Aufſtellung des Edicts über die c. t. b. p. gefolgt iſt. Indem der Prätor darin alle **liberi sui** zuſammenfaßt, mußte doch ſein Blick auch auf die fallen, welche freilich jetzt nicht mehr **sui** ſind, aber es doch geweſen waren, und ebendeßhalb auch jetzt noch **non plane alieni** genannt werden können. Dies ſind die in ihre eigene Gewalt (**sui juris facti**) und die in die Gewalt eines Anderen Gegebenen (**in adoptionem dati liberi**). Gaius ſtellt, nachdem er das Recht des **filius**, der Accrescenzerben und der **postumi sui** entwickelt hat, das Recht beider Perſonen zuſammen (**II. 135—137.**), und damit iſt denn auch der Kreis der formellen Notherben geſchloſſen. Uebergehen wir hier einſtweilen den Zuſammenhang, der zwiſchen den in eigene und fremde Gewalt Gegebenen wahrſcheinlich beſtanden hat, und betrachten wir bloß die Erſteren, welche jedenfalls zu einem viel volleren Rechte, nämlich zu einem ganz ſelbſtſtändigen Anſpruch auf die c. t. b. p. gelangt ſind. Es iſt oben ſchon hervorgehoben, daß darunter keineswegs bloß die Emancipirten [1]), ſondern viele andere Fälle der aus der Gewalt des Erblaſſers Getretenen verſtanden werden [2]), weßhalb

---

1) Zu dieſen gehören nicht bloß die, auf deren Perſon ſich das Rechtsgeſchäft der Emancipation bezog, ſondern auch ihre Kinder, ſelbſt die erſt nach dem Tode des Erblaſſers Geborenen. **Fr. 3. pr. fr. 6. pr. §. 1. u. 2. de b. p. c. t. fr. 1. §. 11. de ventre in poss.**

2) Die genauere Darſtellung dieſer Fälle kann ich hier übergehen, indem ich auf Francke's Notherbenrecht S. 123 ff. und Mühlenbruchs Commentar **XXXVII.** S. 55 ff. verweiſe. — Es gehört hieher 1) der in der Gewalt des Großvaters gebliebene Enkel gegen den emancipirten Vater. **Fr. 7. 16. 21. pr. de b. p. c. t.** Bei Francke ſind dieſe Stellen durch einen Druckfehler in eine verkehrte Note geſetzt worden. Ueber fr. 16 ſ. namentlich Mühlenbruch S. 75. Note 95. 2) Der Sohn gegen den in eine fremde familia adoptirten Vater, welchem der Sohn nicht gefolgt war **fr. 3. §. 9. eod.** 3) Der von einem in Adoption gegebenen Sohn erzeugte und emancipirte Enkel gegen den leiblichen Großvater **fr. 6. §. 4. fr. 14. §. 1. eod.** 4) Die durch gewiſſe Würden aus der väterlichen Gewalt Getretenen

denn auch Ulpian bei der genauen Darstellung der zur c. t. h. p. berechtigten Personen sie mit dem allgemeineren Ausdruck der **sui juris facti liberi** zusammenfaßt. Aber dabei ist doch anzuerkennen, daß die Römer, wo sie nicht ganz besonders genau von der Sache sprechen, mit dem Ausdruck **emancipati** kurzweg alle diese Fälle der **sui juris facti liberi** bezeichnen. Eine Reihe von Stellen dieser Art, worin die Beziehung auf die eigentliche Emancipation gezwungen sein würde, ist schon im Bisherigen enthalten, und so können denn auch wir diese kürzere Terminologie befolgen. —

Ich sagte, daß es sehr nahe lag, die Emancipirten zur Theilnahme an die Successiön der **sui** zu admittiren. Der Prätor hatte das Recht der Accrescenzerben mit dem der nachgeborenen Kinder ausgeglichen. Es sollte nicht mehr darauf ankommen, ob das Kind vor oder nach der Testamentserrichtung in die väterliche Gewalt getreten sei. Aber es war der Tendenz der damaligen Zeit auch nicht mehr angemessen, daß durch spätere Auflösung der väterlichen Gewalt das Erbrecht untergehen solle. Unter den Emancipirten begreifen wir nun den **filius**, die **filia**, die **nepotes etc.**, also, abgesehen vom filius, dieselben Personen, welche den Kreis der Accrescenzerben ausmachen. Indem daher der Prätor, dem Geist der Zeit folgend, die Emancipation rescindirt, und als nicht geschehen fingirt [3]), so war die von selbst sich ergebende Folge, daß ihnen die **c. t.**, welche ja den Accrescenzerben zusteht, zu Theil wurde, denn die Fiction bewirkt, daß ihnen dieselben Rechte eingeräumt werden, welche die **sui** haben.

Für die Mehrzahl der Emancipirten also ergab die Rescission der **cap. dim.** ganz von selbst das Resultat, daß sie die wahre **c. t.**, so wie diese für die Accrescenzerben bestand, erhielten. Für den **emancipatus filius** dagegen hätte sie, da

---

(flamines diales, Vestalinnen und die von Justinian eingeführten Fälle §. 4. I. quib. mod. jus pot. solv.). 5) Der mit dem Vater zugleich mit der Civität beschenkte Peregrine. Collatio XVI. 7. §. 2.

3) Fr. 6. §. 1. de b. p. fr. 3. §. 5. de b. p. c. t. fr. 4. u. 5. §. 1. si tab. test. null. l. 9. Th. C. de bon. proscript (9. 42.).

er nun als **filius suus** fingirt wurde, eigentlich dazu führen müssen, daß man ihm die nominelle **c. t.**, also eine fingirte vollkommene Intestatsuccession gewährte. Aber es liegt am Tage, daß es thörigt gewesen wäre, hier die Consequenz bis aufs Aeußerste zu treiben. Die **filii sui** waren trotz ihres Civilrechtes aus den oben angeführten Gründen mit in das Gebiet der **c. t.** aufgenommen worden, freilich nur formell, indem man für ihre Person ganz das Recht der Intestatsuccession bestehen ließ. Aber der Grund davon war doch nur, weil sie *wirklich* das Civilrecht für sich haben, und der Prätor ihnen dies nicht ändern will. Beim **filius emancipatus** aber ist nicht wirkliches Civilrecht vorhanden, man will ihn nur dem **filius suus** praktisch gleichstellen; das aber erreichte man schon, wenn man ihm nur die wahre **c. t. b. p.** gab. Denn die Wirkungen derselben sind, wie wir sehen werden, dem praktischen Effecte nach, denen der Intestatsuccession ganz gleich. Wozu also die Weitläuftigkeit machen, und für den **filius emancipatus** noch den besonderen Begriff einer fingirten Intestatsuccession aufstellen, da ja überhaupt die Scheidung der Söhne von den übrigen **liberi** der damaligen Zeit nicht mehr gemäß war, und man also wahrlich nicht genöthigt war, ihn noch weiter als im Kreise der **sui jam nati**, festzuhalten. War er ja doch auch schon bei den **postumi sui** nicht vorhanden.

So kam es, daß man alle Emancipirte, auch den **filius** mit inbegriffen, ohne weitere Unterscheidung zur **c. t. b. p.** hinzuzog. Wir können also kurz sagen: *die* **emancipati** *erhielten das Prätorische Recht der Accrescenzerben*, d. h. sie bilden die zweite Hauptklasse der zur *wahren* **c. t. b. p.** berechtigten Personen, während die beiden anderen Klassen von Personen, die **filii** und **postumi sui** darin **eo jure** gerufen werden, **quo vocantur ex jure civili.** Wir wollen deßhalb in der Folge um der Kürze willen die letzteren Beiden, bei denen die **c. t.** nur nominell ist, die *civilen Notherben* nennen, und ihnen die Accrescenzerben und Emancipirten als *Prätorische Notherben* gegenübersetzen.

Immer aber müssen wir festhalten, daß unter diesen Prätorischen Notherben die Accrescenzerben die Hauptpersonen, die Emancipirten die nebenbei Herzugezogenen sind, da das Grund-

principp der c. t. die Regulirung des Erbrechts der sui iſt. Abgeſehen von den bisher ſchon vorgebrachten Beweiſen, wird dies noch aus vielen Punkten der folgenden Darſtellung hervorgehen. Wir werden ſehen, daß die ganze Geſtaltung der c. t. ſich eng an das civile Recht der Accrescenzerben anſchließt; daß ſie nur da, wo es nöthig war, dieſelben mit den übrigen sui auf gleiche Stufe zu ſtellen, davon abweicht, im Uebrigen aber das geſammte Civilrecht der ceterae lib. pers. unverändert vom Prätor anerkannt wird. Dies Inſtitut ſollte ja zu nichts weiter dienen, als die auffallenden juris iniquitatas zu tilgen. Im Uebrigen kam es dem Prätor nicht in den Sinn, willkührliche neue Beſtimmungen zu treffen. Dagegen die Emancipirten erſcheinen allenthalben als die Nebenperſonen, auf die Geſtaltung der c. t. ſelbſt haben ſie nicht eingewirkt. Sie müſſen ſich damit begnügen, daſſelbe Recht zu haben, wie es für die Accrescenzerben feſtgeſtellt wurde. Sie ſollen dieſen ja lediglich gleichſtehen, auf ein etwaiges beſſeres Recht, welches an und für ſich aus ihrer Emancipation folgen würde, müſſen ſie verzichten, woraus denn auch ihre Collationspflicht ſich von ſelbſt erklärt.

Nicht klarer kann das Geſagte wohl bewieſen werden, als gleich durch folgenden Punkt, der hier ſchon zu erledigen iſt.

Das Römiſche Recht that nämlich bei Gaius Lebzeiten wieder einen Rückſchritt. Die lobenswerthe Gleichſtellung, welche den Accrescenzerben durch die c. t. b. p. mit den übrigen sui zu Theil geworden war, wurde durch ein Reſcript Mark Aurels theilweiſe, nämlich für die Frauen, wieder aufgehoben, welche fortan auch nach Prätoriſchem Rechte nicht mehr erhalten ſollten, als ihnen ihr civiles Accrescenzrecht gewährte [4]). Die Art wie Gaius (II. 126.) dies berichtet, beſtätigt vollkommen das von mir angegebene Verhältniß, in dem wir uns die Emancipirten zu den Accrescenzerben zu denken haben.

> **Sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo, non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod jure accrescendi conseque-**

4) L. 4. pr. C. de lib. praeter.

rentur; quod in emancipatis feminis similitas optinet, scilicet ut quod accrescendi jure habiturae essent, si suae fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem haberent.

Die emancipirte Tochter, Enkelin ꝛc. hat ja die c. t. b. p. nur als fingirte Accrescenzerbin, und wenn nun gleich das Reſcript nur von den wirklichen Accrescenzerben ſprach, ſo mußte doch jene dem Recht der Emancipirten zum Grunde liegende Fiction auch der Grund der neuen Beſchränkung ihres Erbrechts werden. Wir ſehen alſo auch hier, daß das Recht der **sui** bei der c. t. b. p. immer die Hauptſache iſt, nach der ſich dann das der Emancipirten von ſelbſt richtet. Aber natürlich iſt gar nicht daran zu denken, daß dies Antoniniſche Reſcript auch auf die **postumae suae** ausgedehnt worden wäre, denn wenn dieſe auch die c. t. haben, ſo iſt dieſe doch nie von ihrem Civilrecht verſchieden geweſen, und ſie behielten alſo ſtets ein Recht auf die **tota hereditas**.

IV. Wirkungen der contra tabulas b. p.

§. 82. Wenn wir hier von den Wirkungen der c. t. b. p. reden, ſo haben wir dabei die wahre ſich vom Civilrecht unterſcheidende Erbklaſſe vor Augen, während von der nominellen c. t. oben ſchon feſtgeſtellt worden iſt, daß ſie die reine Inteſtatſucceſſion enthält. Wir werden von dieſer letzteren fortan nicht weiter ſprechen, bis bei der Darſtellung der Concurrenz civiler und Prätoriſcher Notherben ihr eigentliches Weſen erſt genau ermeſſen werden kann, ſo daß wir es alſo einſtweilen nur mit der den Prätoriſchen Notherben verliehenen ſelbſtändigen c. t. b. p. zu thun haben.

Die Wirkungen derſelben erklären ſich von ſelbſt aus bisher ſchon feſtgeſtellten Sätzen. Der Prätor will die Accrescenzerben und dann auch die Emancipirten praktiſch denen gleichſtellen, welche ſchon nach Civilrecht die Inteſtatſucceſſion eröffnen, d. h. ſie ſollen wie Gaius ſagt, die **tota hereditas** alſo das materielle Vermögen ebenſo erhalten, als wenn ſie **ab intestato** ſuccedirten. Alle Verfügungen des Teſtaments

wodurch dies materielle Vermögen auf Andere übertragen wird, müssen daher durch die c. t. vernichtet werden, im Uebrigen aber ist gar kein Grund vorhanden, von der für präterirte Accrescenzerben geltenden civilrechtlichen Regel abzugehen, daß das Testament als ein Ganzes, sowie in allen einzelnen unter jenen Gesichtspunkt nicht fallenden Theilen gültig sei.

Dies Princip, aus dem wir uns alle einzelnen Wirkungen der c. t. erklären können, wird auch ausdrücklich durch die Quellen bestätigt. Nirgends kommt in denselben der Ausdruck vor, es werde durch sie die Intestatsuccession eröffnet, im Gegentheil, wir haben schon Stellen kennen lernen, die es mit Entschiedenheit beweisen, daß die c. t. ein gültiges Testament voraussetzt (§. 71. Note 2. §. 73. Note 7.). Aber dabei wird doch der Zweck der c. t. folgendermaßen angegeben:

> **Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — Praetori enim propositum est, cum c. t. b. p. dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset [1]).**

Die Stelle sagt freilich nicht, was man so oft aus ihr abgeleitet hat, daß die Wirkung der c. t. die Intestatsuccession sei, aber sie beweist vollständig, daß der Prätor dadurch allen liberi die materiellen Theile zukommen lassen will, welche sie durch die Intestatsuccession als sui erhalten haben würden, und die der filius und die postumi sui auf diesem Wege auch im Fall der Präterition erlangen. So bildet die c. t. b. p. eine ganz selbständige Successionsart, in der Mitte zwischen der testamentarischen und Intestatsuccession stehend. Ihre Voraussetzung ist ein gültiges Testament, welches sie

1) S. auch fr. 25. pr. de leg. praest. Qui filium emancipaverat, et nepotem ex eo retinuerat in potestate, testamento filium exheredavit, nepotem ex aliqua parte instituit heredem, et alium filium emancipatum praeteriit. Potest defendi, nepotem quoque bonorum possessionem c. t. petere posse; nam pro ea parte, qua quisque intestato suus heres esset, si pater suus heres non esset, bonorum possessio defertur. Fr. 11. §. 1. de b. p. c. t. — Exemplo juris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur.

auch formell nie vernichtet [2]), aus dem sie aber alle die Verfügungen tilgt, welche den Succedirenden materiell schlechter stellen würden, als die **ab intestato** Berufenen. In dieser Gestalt konnte sie in der That, was oben schon hervorgehoben wurde, und was auch die oben angeführte Stelle zeigt, als eine auf gleichen Principien ruhende Erbschaftsregulirung sämmtlicher **liberi** aufgefaßt werden. Auch die **sui**, welche wirklich formell die Intestatsuccession eröffnen, konnten mit in den Kreis der **c. t. b. p.** hineingezogen werden, da doch das materielle Princip bei ihnen und den Prätorischen Notherben dasselbe war, wenn gleich im Uebrigen die wahre und die nominelle **c. t. b. p.** sich auf das entschiedenste von einander trennen.

So hat denn gewiß die **c. t. b. p.** für die Accrescenzerben auch in dem Falle statt gefunden, wenn diese mit instituirten **sui** concurrirten. Obgleich Gaius davon gar nicht spricht, und wir jedenfalls den eigentlichen Einführungsgrund nicht hier, sondern in der Verleihung der **tota hereditas** gegen **extranei scripti** zu finden haben, so sollte doch das Institut nun eine Gesammt-Regulirung des Erbrechts aller **liberi** werden, und so mußten denn nicht bloß die Accrescenzerben, namentlich um von den Vermächtnissen befreit zu werden, den instituirten **sui** gegenüber die **c. t.** erhalten, sondern Letztere sogar auch wieder dieselbe aus der Person des Präterirten ab-

2) Gewöhnlich wird das Bestehenbleiben des Testaments bei der **c. t. b. p.** daraus gerechtfertigt, daß der Prätor kein civilrechtlich gültiges Testament habe für ungültig erklären können. Mir scheint aber dieser Grund ganz unzureichend. Er kann freilich ein gültiges Testament nicht zu einem civilrechtlich ungültigen machen, so wie er auch Niemanden zum heres creiren kann. Aber ebensogut wie sich Jemand **loco heredis** constituiren ließ, so hätte sich auch durch Fiction ein civilrechtlich gültiges zu einem Prätorisch völlig ungültigen machen lassen, ebensogut wie umgekehrt der Prätor ungültige Testamente für gültig erklärte. — Der Erklärungsgrund ist vielmehr, daß es gar nicht nöthig war, das Testament für nichtig zu erklären. Es sollten nur dem Accrescenzerben dieselben Vortheile zukommen, als wenn sie **ab intestato** succedirten, im Uebrigen blieb man beim Civilrecht stehen, daß das Testament durch ihre Präterition nicht ungültig werde s. §. 71. Note 3.

leiten können, damit eine ganz allgemeine gleichmäßige Succession über die ganze Erbschaft sich erstrecke. —

Nach dem angegebenen Principe leuchtet ein, daß durch die c. t. b. p. vernichtet werden müssen: die Erbeseinsetzungen (und Vulgarsubstitutionen), die Vermächtnisse, die Freiheitstheilungen, denn durch alle diese Verfügungen würde, wenn sie gültig blieben, dem Notherben materielles Vermögen entzogen werden. Dagegen können von ihr nicht afficirt werden: die Pupillarsubstitutionen, die Vormundschaftsernennungen und die Exheredationen, denn die ersteren beiden vermindern jedenfalls nicht das dem Notherben zufallende Vermögen, die letzteren vergrößern es sogar.

Es ist bekannt, daß diese aus unserem Princip sich von selbst ergebenden Sätze in der That die Wirkungen der c. t. b. p. sind. Wir müssen sie aber noch genauer durchgehen, und auch namentlich einige wichtige Ausnahmen dabei kennen lernen, welche die Quellen uns aufweisen. Es wird rathsamer sein, die einzelnen Punkte in anderer Reihenfolge zu ordnen, als in der wir sie eben aufgezählt haben.

1. Die Institution. Wir sprechen hier nicht von den Fällen, wenn ein civiler oder Prätorischer Notherbe, der also im Fall der Präterition selbst ein Recht auf die nominelle oder die wahre c. t. b. p. hat, instituirt ist. Alle übrigen scripti heredes (wir wollen sie nach dem Beispiele der Quellen extranei nennen) müssen nach dem Princip der c. t. von der Erbschaft völlig vertrieben werden [3]), und der Accrescenzerbe oder Emancipirte tritt an seine Stelle. Dies ist, wie man leicht einsieht, die Hauptwirkung der c. t. [4]). — Es finden sich allerdings Ausnahmen hievon, die sich aber genau an die ausnahmsweise Aufrechthaltung der Legate anknüpfen, in deren Verbindung sie dann auch darzustellen sind, so daß hier also

3) Gai. II. 125.

4) Deßhalb sagt auch African in fr. 14. pr. de b. p. c. t., der Präterirte empfange die c. t. ab heredibus institutis, d. h. sie und ihre Vertreibung sind der hauptsächliche Grund und Zweck der c. t., im Gegensatz zu der commisso per alium edicto, welche umgekehrt der Instituirte vom Präterirten erhält.

nur erſt von der Regel, nach der die **extranei** zurückweichen müſſen, die Rede iſt.

An und für ſich nun iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß die **c. t. b p.**, wie alle **bonorum possessiones**, nicht ein Eintreten in die Perſon des **heres**, ſondern direct in die Perſon des Verſtorbenen bewirkt. Der allgemeine Begriff der **b. p.** ruht auf der Präſumtion, als ſei kein **heres** vorhanden, und deßhalb wird die Intention der Klagen gleich **ex persona defuncti** hergenommen [5]). Bei der **c. t.** ſteht freilich dem Agnoscirenden ein **scriptus heres** gegenüber, da aber die **b. p.** nun einmal **corrigendi jur. civ. gratia** gegen denſelben ſtets **cum re** iſt, ſo iſt das ſoviel, als wenn der **heres** ganz fehlte, und mithin läuft Alles doch wieder, ebenſo wie bei den anderen **b. possessiones**, auf daſſelbe Reſultat hinaus. Es bekömmt den Anſchein, als wenn gar kein **heres** da wäre, und ebendeßhalb ſuccedirt der **c. t. b. possessor, loco heredis**, dem Verſtorbenen direct in alle Vermögensverhältniſſe [6]).

Indeß iſt dies, ſo wenig es im Allgemeinen bezweifelt werden kann, doch keineswegs in allen Punkten richtig. Freilich kann die teſtamentariſche Succeſſion, wenn einmal **c. t.** agnoscirt iſt, nach Prätoriſchem Rechte niemals mehr Bedeutung erhalten, denn nach der Agnition in einer früheren Klaſſe wird nie mehr der folgenden die **b. p.** deferirt. Ferner iſt auch unbedenklich anzunehmen, daß der **scriptus heres**, wenn er nach Agnition der **c. t.** eine **her. aditio** vornimmt, eine durchaus nichtige Handlung vornimmt, aus der er keinerlei Rechte ableiten, und keinerlei Einwirkungen auf das Recht

---

5) Gai. IV. 34.

6) Fr. 13. pr. de b. p. c. t. — Quum emancipatus b. p. c. t. accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare; omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem Praetor heredis loco constituit. D. h. Alles was der scriptus, wenn er der gültige heres iſt, erhält, das wird jetzt dem zugeſprochen, der mit Remotion des heres an deſſen Stelle geſetzt wird. S. auch noch fr. 15. §. 4. de legat. praest.

des c. t. b. possessor hervorrufen kann. Denn er ist einmal a tota hereditate repellirt, und ebenso wie ihn der Prätor nicht gegen den b. possessor zu klagen erlaubt, kann auch nicht von anderen Rechtswirkungen die Rede sein.

Aber es erhebt sich die Frage, ob eine schon vor Agnition der c. t. vorgenommene her. aditio des scriptus ebenfalls ganz ohne Bedeutung sei? An und für sich müssen wir sie doch als eine durchaus gültige Handlung anerkennen, da die Agnition ja noch ganz ungewiß ist, und falls dieselbe versäumt wird, nun auch gar kein Infirmationsgrund vorliegt [6a]). Wir dürften hier also höchstens von einer ex post eintretenden Ungültigkeit der Erbschaftsantretung sprechen. Aber auch dies allgemein anzunehmen, würde offenbar sehr bedenklich sein. Der scriptus heres, der ja ganz in seinem Rechte ist, kann nach der Antretung schon Rechtsgeschäfte, die sich auf die Erbschaft beziehen, vorgenommen haben, diese können sogar der Erbschaft höchst vortheilhaft sein. Sollen wir dies Alles durch die nachfolgende Agnition der c. t. für vernichtet halten? Die gesunde Vernunft spricht dagegen. Erkennen wir aber diese Rechtsgeschäfte als gültig an, so müssen wir sie jedenfalls auf den b. possessor uns übertragen denken, denn der scriptus soll ja a tota hereditate repellirt werden. Hiefür reicht indeß der bisher angegebene Begriff der c. t. b. p. nicht hin. Wenn wir den b. possessor bloß als in die Person des Erblassers eintretend denken, so kann er ja doch nicht Rechtsgeschäfte geltend machen, die erst der scriptus heres

---

6a) Ich setze voraus, daß der Instituirte gerade die Absicht hat, sich der Erbschaft anzunehmen. Hat er umgekehrt dazu keine Lust, und will er nach Vornahme der her. ad. erst die Zeit verstreichen lassen, in der die c. t. b. p. agnoscirt werden kann, bevor er sich auf die Erbschaftsangelegenheiten weiter einläßt, so kann er sich mit der exceptio: si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas b. p. dari possit schützen, weil, wie Julian sagt, quamdiu b. p. c. t. filio dari potest, heres quodammodo debitor non est. Fr. 2. de exc. rei jud. fr. 15. de obl. et act. Erst dann wenn die Agnitionsfrist der c. t. unbenutzt verstrichen ist, wird dem durch jene exceptio zurückgetriebenen Creditor seine Klage restituirt.

begründet hat. Wir müssen den Begriff also weiter ausdehnen, und den **b. possessor** auch noch außerdem in die Stelle des **scriptus heres** treten lassen. In dieser Hinsicht erscheint dann der **b. possessor** nur als **mittelbarer** Universalsuccessor, ähnlich wie der Universalfideicommissar; denn kraft seines Rechtes, die **tota hereditas** an sich zu nehmen, erhält er doch Etwas, das er nicht auf die Person des Verstorbenen zurückführen kann, sondern was er lediglich aus der Hand des **heres** ableitet. Dies bestätigt sich vollkommen durch folgende Stelle, in der die **c. t. b. p.** ausdrücklich mit der **fideicommissaria hereditas** zusammengestellt wird.

> **Fr. 21. pr. de fidejuss. (Afric.). — Heres a debitore hereditario fidejussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit. Fidejussoris obligationem in suo statu manere ait. Idemque in hac causa servandum, quod servaretur, quum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem acceperit, fidejussorem acceperit. Ideoque in utraque specie transeunt actiones.**

Wir begegnen hier also ganz etwas Eigenthümlichem im Begriff der **c. t. b. p.**, welches (abgesehen von der **b. p. unde liberi** im Verhältniß zum **legitimus heres**) im ganzen übrigen Gebiet der **b. p.** nicht denkbar ist. Die **c. t.** kann, außerdem daß sie ihrem Grundwesen nach eine directe Universalsuccession ist, auch nebenbei Momente der mittelbaren U. S. in sich aufnehmen. Aber wir müssen uns vorsehen, diesem Satze die richtigen Gränzen anzuweisen, um nicht in die gefährlichsten Irrthümer zu verfallen. Zuerst ist immer festzuhalten, daß jedenfalls der Gesammtcomplex der Rechtsverhältnisse, die vom Erblasser selbst herstammen, ganz so auf den **b. possessor** übergehen, als wenn die **her. aditio** gar nicht vorgenommen wäre. Wollten wir hiefür der letzteren eine Bedeutung zugestehen, so würde damit die ganze **c. t. b. p.** den Charakter einer mittelbaren Universalsuccession erhalten müssen, was aber so ganz gegen alle Aussprüche der Quellen ist, daß Niemand im Ernst eine solche Ansicht aufstellen wird.

Indeß auch mit dieser Beschränkung können wir uns un-

möglich genügen lassen. Sollen wir sagen dürfen, daß alle Erbschafts-Verhältnisse, in welche der **scriptus heres** noch nicht eingegriffen hat, allerdings direct ohne Annahme einer Mittelsperson, auf den **bonorum possessor** übergehen, daß dagegen alle Verfügungen, welche der **heres** mit der Erbschaft bereits getroffen hat, von jenem anzuerkennen sind? Sollen hier vortheilhafte und nachtheilige Rechtsgeschäfte einander ganz gleich stehen?

Mir scheint dies schon deßhalb undenkbar, weil in unseren Quellen von der ganzen Frage so wenig die Rede ist, während, wenn ihr ein so weites Gebiet einzuräumen wäre, wir hier, wie leicht einzusehen ist, eine weitläuftige Lehre vorfinden müßten, die die Römischen Juristen gewiß nicht übergangen und die Compilatoren nicht völlig getilgt haben würden.

Mich däucht, daß das vorher angegebene Princip der **c. t. b. p.** uns ziemlich sicher auf das führen kann, was die Römischen Juristen hier gemeint haben werden. Wenn der **scriptus heres** in doloser Absicht, um das Vermögen dem **c. t. b. possessor** zu verringern, Verfügungen getroffen hat, so kann jedenfalls von einer Anerkennungspflicht derselben für den **b. possessor nicht** die Rede sein. Hievon also ganz abgesehen, muß man auf die beiden Punkte Rücksicht nehmen, daß einestheils der **scriptus a tota hereditate** entfernt, anderntheils der Notherbe ein nicht schlechteres materielles Recht an der Erbschaft erhalten soll, als die Intestatsuccession gewährt. Aus dem ersteren Punkte folgt, daß alle Vortheil gewährenden Handlungen des **heres** (wie z. B. jene Annahme eines Bürgen) auf den **b. possessor** übergehen. Wir dürfen aber aus der angeführten Stelle nicht gleich voreilig ableiten, daß auch nur die lucrativen Rechtsgeschäfte des **heres** Gültigkeit behalten, sie gewährt dafür keine Anhaltspunkte. Auch onerose Anordnungen, die der **heres** getroffen hat, z. B. Verkauf, Verpachtung von Erbschaftssachen, Zahlung von Schulden und dergl. wird der Notherbe haben anerkennen müssen [7]).

7) Man wird das wohl analog so behandelt haben, als wenn die her. pet. gegen einen **bonae fidei possessor** angestellt wird, namentlich mit Benutzung der Grundsätze des s. g. **SC. Juventianum.** Denn

Die Gränze liegt in dem zweiten Punkte, daß er im Allgemeinen soviel wie ein Intestaterbe erhalten soll; also jedenfalls wenn er Legate schon ausgezahlt hat, so braucht der c. t. b. possessor dies nicht anzuerkennen, weil eben die c. t. die Legate vernichtet; und daß ebenso auch die im Testament angeordneten Freiheitsertheilungen durch die her. aditio des heres nicht gültig werden können, wird weiter unten noch besonders dargethan werden.

Ueberhaupt muß ich noch bemerken, daß die ganze Frage nur selten bei den Römern vorgekommen sein kann. Wir setzen hier ja voraus, daß der heres nicht in doloser Absicht, um dem Notherben zu schaden, die her. aditio vornimmt. Derjenige aber, welcher in dem guten Glauben, er werde die Erbschaft behalten, sie antrat, hatte sich natürlich erst erkundigt, ob kein Notherbe da sei, der auf die c. t. Anspruch mache. Und wenn ein solcher vorhanden war, so unterließ er eben die hereditatis aditio ganz und gar [8]).

§. 83. — 2. Die Enterbungen behielten bei der c. t. b. p. vollkommen ihre Kraft, weil dadurch Jemand ausgeschlossen wird, der sonst mit dem b. possessor concurriren würde, also durch seine Ausschließung das Jenem zufallende Vermögen vergrößert [1]). Hier steht mithin die wahre c. t.

---

es sollen alle Rechte, welche der scriptus heres mit der her. pet. würde einfordern können, wenn ihm kein c. t. b. possessor gegenüber stände, auf diesen Letzteren übergehen. Fr. 13. pr. de c. t. b. p. Daraus aber folgt keineswegs, daß der b. possessor gegen den heres und Andere die her. petitio gehabt habe.

8) Fr. 4. de legat. praest. — Quum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, quum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem.

1) Fr. 8. pr. fr. 10. §. 5. de c. t. b. p. — S. ferner eine Reihe specieller Fragen rücksichtlich der Exheredation in fr. 8. §. 1—10. eod. — Welche Einwirkung für die Aufrechthaltung der Exheredationen die her. aditio des scriptus heres gehabt habe, wird später im §. 94. noch besonders geprüft werden. Es wird dort erhellen, daß die Gründe, welche die Römer dabei in Anwendung gebracht haben, zu eigenthümlicher Natur sind, um für die Frage,

der nominellen geradezu entgegen, bei welcher der exheredatus, wie wir oben gesehen haben, durchaus mit zur Intestatsuccession zugelassen wird.

3. Die Vormundschaftsernennungen. Daß diese vom Prätor aufrecht erhalten wurden, ist von den neueren Gelehrten allgemein und mit Recht angenommen worden, obgleich sich kein ausdrücklicher Ausspruch der Quellen dafür anführen läßt. Es kann aber wenigstens folgender negative Beweis dafür angeführt werden. In dem Digestentitel de testamentaria tutela wird allgemein gesagt, den liberi in potestate könne ein Tutor gegeben werden (fr. 1. pr.), und nur bei dem filius und den postumi findet sich und zwar durchaus nicht bloß beispielsweise die Nebenbestimmung, daß sie nicht präterirt sein dürften (fr. 4. fr. 1. §. 1. fr. 10. §. 2.)[2]). Wäre nun bei den übrigen liberi, den Accrescenzerben, die Vomundschaftsernennung durch die ihnen zustehende c. t. b. p. ungültig zu machen gewesen, so würde doch am natürlichsten jene Beschränkung, daß keine Präterition vorliegen dürfe, allgemein gleich für alle liberi vom Juristen hinzugefügt worden sein.

4. Die Pupillarsubstitutionen. Wenn das Testament durch Präterition der civilen Notherben ungültig ist, so fallen sie natürlich auch mit hinweg. Bei der wahren c. t. b. p. aber werden sie, weil das Testament des Vaters nicht ungültig wird, und sie sich auch gar nicht auf das dem Notherben zuzuwendende Vermögen beziehen, vollkommen aufrecht erhalten[3]). Und natürlich ist dies bei einem die c. t. agnos-

---

ob auch die übrigen Nebenbestimmungen des Testaments (Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubst., Freiheitsertheilungen) von der her. ad. des scriptus heres abhängen, benutzt zu werden.

2) Offenbar weil die reine Intestatsuccession eröffnet wird, und auch die nominelle c. t. b. p. keine Abweichungen davon enthält.

3) Fr. 5. pr. de legat. praest. fr. 34. §. 2. fr. 35. de vulg. et pup. subst. Francke N. E. R. S. 143. macht die Einschränkung, daß, wenn nicht ein instituirter suus da sei, dem die Erbschaft ipso jure zufällt, noch eine besondere her. aditio des scriptus heres zur Gültigkeit der Pupillarsubst. erforderlich werde. Da aber keine entscheidende Stelle hiefür spricht, so scheint mir hier lediglich aus dem

cirenden Accrescenzerben ebenso gut wie bei einem Emancipirten anzunehmen. Daß die neueren Schriftsteller hier lediglich den Letzteren hervorheben [4]), erklärt sich daraus, daß man überhaupt die den Accrescenzerben gegebene c. t. b. p. so wenig beachtet hat.

Wenn nun aber der Substituirte selbst die c. t. b. p. agnoscirt, so wird er dadurch seines Rechts aus der Substitution verlustig [5]). Dies geht aus der electiven Natur des Prätorischen Schutzes hervor. Wer gegen das Testament auftritt, soll auch gar keine Rechte aus demselben für sich ableiten wollen, und umgekehrt. Dasselbe gilt auch für die dem Notherben hinterlassenen Legate [6]), und erst von den Legaten ist, wie fr. 5. §. 4. cit. zeigt, der Satz auf die Pupillarsubstitutionen übertragen worden.

5. Die Freiheitsertheilungen [7]). Diese mußten, im Gegensatz zu den drei zuletzt genannten Punkten, der Erbeseinsetzungen der extranei gleich behandelt werden. Das fr. 8. §. 2. cit. hebt ausdrücklich, wenn auch von einem hier noch nicht zu berücksichtigenden Falle sprechend, das von uns angegebene Princip hervor: **damno enim afficit hereditatem, dum competunt libertates.** Es würde ein materieller Vermögensschaden durch die Gültigkeit derselben entstehen, und dies ist dem Zwecke, welchen der Prätor mit der c. t. b. p. erreichen will, zuwider.

Principe der c. t. die Frage beantwortet werden zu können. Dies aber führt, wie wir gleich noch weiter sehen werden, ebensosehr die Gültigkeit der Pupillarsubstitution als umgekehrt die Ungültigkeit der Freiheitsertheilungen mit sich. S. auch fr. 126. pr. de legat. I.

4) Bluntschli Erbf. gegen d. letzten Willen. S. 89. Francke Notherbenr. S. 142. Mühlenbruch Commentar XXXVI. S. 19.

5) Fr. 22. de vulg. et pup. subst. fr. 5. §. 4. de leg. praest. Nach fr. 2. pr. de his quae ut indign. soll die Erbschaft an den Fiscus fallen, was wohl erst durch ein Rescript von Severus et Antoninus, wovon gleich im §. 1. eod so wie auch in fr. 1. eod. die Rede ist, bestimmt wurde.

6) Fr. 3. §. 16. fr. 14. pr. fr. 18. §. 1. de b. p. c. t. fr. 5. §. 2. de legat. praest. fr. 30. de minorib vigintiquinque ann.

7) Fr. 8. §. 2. fr. 23. de legat. praest.

Hierbei ist nun aber schon öfters die Ansicht ausgesprochen worden, diese Freiheitsertheilungen würden stets durch die Antretung des scriptus heres gültig, so daß der c. t. b. possessor sie anzuerkennen habe, und ihm nur gegen den dolosen heres die doli actio zustehe [8]). Daß die angeführten Stellen dies keineswegs beweisen, wird nachher noch besonders ausgeführt werden, und daß es den allgemeinen Principien der c. t. durchaus entgegen sein würde, ist leicht einzusehen [9]). Wir haben freilich selbst vorher anerkannt, daß die vor der Agnition der b. p. geschehene hereditatis aditio gewisse Einwirkungen auf die b. p. äußert. Aber dies kann doch unmöglich so weit ausgedehnt werden, daß die hereditas von einem damnum afficirt werde, welche den b. possessor, wenn er ab intestato seine pars erhalten hätte (s. §. 82. Note 1.), nicht getroffen haben würde. Daß der Prätor, wenn der heres einen Bürgen für eine Erbschaftsforderung angenommen hat, dies anerkennt, und auf den b. possessor übergehen läßt, ist freilich sehr natürlich. Aber da er einmal die c. t. ertheilt, wodurch er alle die testamentarischen Verfügungen vernichtet, die dem Notherben seine materielle Intestatportion verringern, so müßte er sich selbst widersprechen, wenn er es für die Freiheitsertheilungen noch auf die her. aditio des scriptus ankommen lassen wollte. Consequenter Weise müßte dann auch, trotz der c. t. b. p., bei den Vormundschaftsernennungen die alleinige Bedingung ihrer Gültigkeit die civile Erbantretung sein, da dies doch, wo von der c. t. nicht die Rede ist, als unzweifelhafte Regel besteht [10]).

Auf diese Weise würde man aber allgemach zu dem Resultate kommen, daß für sämmtliche Nebenbestimmungen des Testamentes nicht die Agnition der c. t., sondern die her.

8) S. d. Glosse zu fr. 8. §. 2. cit. Cujacius zu derselben Stelle (Recit. ad P. Opera post. Francof. 1596. p. 970.). Bluntschli a. a. O. S. 96. Francke a. a. O. S. 143.

9) So haben denn auch schon Retes (Advers. ad tit. de b. p. c. t. c. VII. §. 2. u. 3.) und Mühlenbruch a. a. O. S. 20. die richtige Ansicht ausgesprochen. Retes meint, im Grunde sei auch Cujacius seiner Ansicht, was sich aber wohl nicht sagen läßt.

10) Fr. 9. de test. tutela.

aditio der entscheidende Grund ihrer Gültigkeit oder Ungültigkeit sei. Hierin aber läge eine völlige Verkennung des Wesens unseres Institutes.

Es muß nämlich wohl bemerkt werden, daß wir gar keine Stelle der Römischen Juristen besitzen, worin von den Freiheitsertheilungen in dem hier besprochenen Falle die Rede ist, wenn nämlich dem **b. possessor** ein ganz fremder gar nicht zur Familie gehöriger **scriptus heres** gegenüber steht. Die in Note 7 angeführten Fragmente sprechen schon von einem besondern Ausnahmsfalle, nämlich dem einer instituirten **conjuncta persona**. Aber ebenso ist auch wohl zu bemerken, daß die Juristen von den Legaten vorzugsweise nur in diesem Ausnahmsfalle sprechen, woraus denn schon von selbst der entgegengesetzte Satz hervorgeht, daß abgesehen hievon die Legate durch die **c. t.** ungültig werden. Ebensowenig aber wie bei den Legaten (und das bestreitet ja Niemand) auf die **her. aditio** des **scriptus** irgend etwas ankommt, so kann denn auch bei den Freiheitsertheilungen, wenn nicht entscheidende Stellen uns entgegenstehen, etwas Anderes angenommen werden. Allerdings werden häufig die Freiheitsertheilungen wegen des **favor libertatis** von den gewöhnlichen Regeln über die Legate getrennt. Aber hier kommt noch ein stärkerer **favor**, die Begünstigung der **liberi** in Betracht, und ebensogut wie der präterirte **filius suus** die testamentarischen Freilassungen nicht anzuerkennen braucht [11]), so muß darin auch der Accrescenzerbe nicht schlechter gestellt sein.

Mir scheint also ganz unbedenklich, obgleich keine specielle Beweisstelle dafür spricht, als die Regel angenommen werden zu können, daß die Freiheitsertheilungen ungültig sind, ebenso wie wir gleich unbedenklich die Gültigkeit der Vormundschaftsernennungen ohne einen besonderen Quellenausspruch annehmen durften. —

Hiernach haben wir denn auch schon genügende Anhaltspunkte gewonnen, um allgemein festzustellen, was wir von

11) Fr. 17. de injust. rupto. — Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit.

der Bedeutung der her. aditio des extraneus bei der c. t. b. p. zu halten haben. Es zerlegt sich in folgende drei Punkte:

a) Wir haben aus der ganzen bisherigen Darstellung genügend ersehen, daß die c. t. b. p. ein an und für sich gültiges Testament voraussetzt; d. h. also ein civilrechtlich gültiges Testament, denn es gab kein anderes. Wir können dies auch so ausdrücken, es muß die Möglichkeit vorhanden sein, daß aus dem Testamente eine her. aditio vorgenommen, oder eine sec. tab. b. p. agnoscirt werde; denn diese sec. tab. ruht ja auch auf der Voraussetzung eines civilrechtlich gültigen Testamentes.

b) Wenn in Folge dessen nun auch in der That die her. aditio vorliegt, und der scriptus heres danach bereits über die hereditas Verfügungen getroffen hat, so ist dies allerdings gültig, sofern nicht dolus des heres oder das entgegengesetzte Interesse des b. possessor ins Spiel kommt, und die Wirkungen dieser Verfügungen werden auf den b. possessor als mittelbaren Universalsuccessor übertragen (§. 82. Nro. 1.).

c) Aber über den Kreis der mit der hereditas selbst vorgenommenen Dispositionen erstreckt sich jedenfalls die Bedeutung der her. aditio nicht hinaus. Also auf die Frage, was von den Dispositionen des Testamentes gültig sein soll oder nicht, kann der Wille des Eingesetzten absolut nicht einwirken. Vielmehr entscheidet sich hiefür Alles aus den positiven Principien, die das Prätorische Institut beherrschen. Deßhalb ist es auch gänzlich gleichgültig, ob er, wenn einmal der b. possessor an seine Stelle getreten ist, die her. aditio noch vornimmt oder nicht; ob mithin nach den Grundsätzen des Civilrechts das Testament, weil der heres nicht antreten wollte oder konnte, hinterdrein vernichtet wird. Die c. t. setzt nur voraus, daß nicht schon von vorn herein die entschiedene Unmöglichkeit der testamentarischen Succession vorliege [12]). Denn wäre dies der Fall, so würde gleich die reine Intestatsuccession eintreten, und mithin es nicht nöthig sein, den li-

12) Und zwar wird hiebei sehr natürlicher Weise auf das mortis tempus gesehen.

beri künſtlich und nach dem Bilde der Inteſtatſucceſſion durch die c. t. b. p. das Vermögen zuzuwenden, worauf ſie ſchon wirklich ab intestato Anſpruch haben.

Dieſe Auffaſſung der Sache wird nun vollkommen durch entſchiedene Quellenausſprüche beſtätigt. Die Römer, um das eben Geſagte kurz auszudrücken, bedienten ſich der Terminologie, die c. t. b. p. ſei gegen das Teſtament ſelbſt gerichtet, und darin liegt auch ſehr bezeichnend ein Doppeltes; nämlich die b. p. geht nicht gegen die Perſon des heres, ſo daß alſo deſſen Antretung (wie bei der querela inoff.) die nothwendige Vorausſetzung wäre, aber ſie verlangt doch die Möglichkeit der Antretung, alſo das Teſtament ſelbſt muß gültig ſein, denn wenn es ungültig wäre, ſo brauchte man nicht mehr ſeinen das Vermögen betreffenden Inhalt umzuſtoßen. Folgende Stellen theilen uns dieſe Ausdrucksweiſe der Römer und deren Erklärung mit:

> Fr. 4. pr. de b. p. c. t. (Paul.). — Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas, quae liberis promittitur, locum habet, sive quis heres exstiterit sive non. Et hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem, quod in patrono contra est.
>
> Fr. 19. eod. (Tryphon.). — Quod vulgo dicitur: liberis datam b. possessionem contra lignum esse, sic intelligendum est, ut sufficiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuit; nam si vel omnes instituti substitutique ante testatorem decesserint, vel is scriptus heres fuit, cum quo testamenti factio non fuit, peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

Es iſt leicht einzuſehen, daß in der letzteren Stelle die Lesart des Haloander und der Vulgata contra legem ſtatt contra lignum falſch iſt, und ſubſtituirt wurde, weil man, das Weſen der c. t. nicht recht verſtehend, den letzteren Aus-

druck sonderbar fand. Es ist aber hier offenbar jene sprichwörtliche Redeweise vorauszusetzen, die c. t. gehe **contra lignum** oder wie die andere Stelle sagt: **contra ipsum testamentum**, denn daß Tryphonin diese im Auge hat, zeigt eben seine ganze weitere Erklärung. Es müsse nur, sagt er, ein nach civilen und Prätorischen Regeln gültiges Testament vorhanden sein (**extitisse tabulas**), bei dem also die Möglichkeit der Antretung bestehe. Wo nicht, so sei die Agnition der c. t. ganz unnütz, weil Intestatsuccession für die **liberi** eintritt [13]). Liegt aber nur diese Möglichkeit vor, so kommt es lediglich auf die gegen das Testament selbst gerichtete b. p. an, wie weit es dadurch ungültig werde, der **scriptus heres** ist mittelst derselben removirt, und so hat seine Antretung keine Bedeutung mehr.

§. 84. — 6. Die Vermächtnisse. Aus dem Grunde, um dessentwillen die Freiheitsertheilungen im Allgemeinen nicht bestehen bleiben konnten, folgt auch, daß der Prätor die Vermächtnisse fallen lassen mußte. Und daß dies in der That die regelmäßige Wirkung der c. t. ist, wird von Niemand bezweifelt.

Wir haben uns bei dieser Regel nicht weiter aufzuhalten, und gleich zu den Ausnahmen überzugehen, welche sich an dieselbe anschließen. Es wurde nämlich vom Prätor festgesetzt, daß die den **conjunctae personae** d. i. den **parentes et liberi** hinterlassenen und ihnen zum **emolumentum** dienenden Legate, Fideicommisse und **mortis causa donationes** auch vom c. t. b. **possessor** auszuzahlen seien [1]). Dies erklärt sich aus der nothwendigen Berücksichtigung der **querela**

13) Dies spricht nun auch ganz entschieden Ulpian in fr. 10. §. 2. de legat. praest. aus: quodsi neque ex primo gradu, neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, quum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem filio praeterito competere, nec legata cuiquam praestanda.

1) Fr. 1—3. Fr. 5. fr. 14. §. 1. fr. 20. pr. de legat. praest. Indeß ist hiebei noch eine wichtige Einschränkung zu machen, die erst später entwickelt werden kann (s. §. 91. Note 8.).

inofficiosi. Die **parentes et liberi** nämlich, welche im Fall der nicht gehörigen Bedenkung diese Klage haben [2]), müssen natürlich in den ihnen hinterlassenen Vermächtnissen geschützt sein, denn sonst würde alsbald die **querela** wieder gegen den **c. t. b. possessor** angestellt werden, und der Prätor also, indem er die Legate vernichtete, selbst die Veranlassung zur Vernichtung seiner eigenen Succession geworden sein [3]). Die Conservirung der Vermächtnisse an die **parentes et liberi** ist also das Gebiet, wo die zwei verschiedenen Systeme des Notherbenrechts das formelle agnatische, und das materielle cognatische mit einander zusammentreffen, und sich nothwendig gegenseitig anerkennen müssen. Das Letztere war direct aus den Ansichten des Volks hervorgegangen, und wurde durch die Praxis des Centumviralgerichts aufrecht erhalten. Man hielt es für **contra officium**, gegen die nöthige Pietät gehandelt, wenn Jemand seine Ascendenten und Descendenten ganz unbedacht ließ; ebendeßhalb sollte das Testament als **inofficiosum** angeklagt werden können; dagegen wenn der Testator seiner Pflicht nachgekommen war, so forderte eine **naturalis aequitas** [4]), daß auch kein agnatischer Notherbe dem entgegentrete.

2) **Fr. 1. de inoff. test.** Es ist wohl zu bemerken, daß die Geschwister im Edicte nicht neben den parentes et liberi stehen. Ich werde darauf noch einmal zurückkommen. **Fr. 3. §. 1. de legat. praest.** — Nebenbei wird auch noch das der uxor und nurus dotis nomine legatum aufrecht erhalten. **Fr. 1. pr. fr. 8. §. 3—6. fr. 9. fr. 10. pr. §. 1. fr. 15. §. 3. de legat. praest.** Dies ist aber von den den parentes et liberi conservirten Legaten wesentlich zu scheiden; denn es ist ein debitum legatum, wird als aes alienum gefordert, und das Legat gilt nicht, wenn nicht dos debetur, dafür aber wird es auch nicht auf die portio virilis beschränkt.

3) **Fr. 17. de leg. praest.** — Praetori propositum est, sine injuria ceterarum personarum b. p. c. t. testamenti dari. Der Prätor will nicht die injuria veranlassen, die wenn sie vom Erblasser ausgeht, die Injurienklage (querela inoff.) zur Folge hat.

4) **Fr. 1. pr. de legat. praest.** Zur Geltendmachung der Querel gehört nächstes Intestaterbrecht, also waren dadurch häufig die parentes et liberi beim Vorhandensein eines c. t. b. possessor von derselben ausgeschlossen. Aber einestheils wissen wir, daß die Centumvirn es damit nicht sehr genau nahmen (**fr. 6. §. 1. fr. 25. §. 1. de inoff.**), anderntheils blieb auch, wenn die Querel ihnen ver-

Aus dem Gesagten geht auch schon hervor, wen wir uns unter diesen **conjunctae personae** zu denken haben. Es sind alle cognatischen Ascendenten und Descendenten [5]), wie ja der Ausdruck **conjuncti** schon anzeigt. Die Ascendenten haben nur das mit der Querel geltend zu machende Notherbenrecht, sie gehören also insgesammt hieher. Die **liberi** dagegen fallen, wenn sie **sui** oder **emancipati** sind, in den Kreis des alt-civilen und prätorischen Notherbenrechts. Von diesen ist hier nicht die Rede, denn für die Concurrenzfälle dieser Personen gelten noch ganz andere Grundsätze, die wir später untersuchen werden. Es sind also zu den **conjunctae personae** nur die liberi zu zählen, welche nicht auf die nominelle oder wahre c. t. b. p., sondern höchstens auf die Querel Anspruch haben, mithin die durch Mannsstamm verbundenen Descendenten, wenn noch die sie mit dem Erblasser verbindende und ausschließende Mittelsperson vorhanden ist, ferner alle Descendenten durch Weiber [6]). Die Römer nennen deßhalb auch kurz diese Descendenten, im Gegensatz der zur c. t. berechtigten **liberi**, die **liberi, quibus legata praestantur** [7]). —

---

weigert wurde, die naturalis aequitas, auf die sich Ulpian beruft, daß ihnen die Legate conservirt wurden. So kommt es, daß das Edict alle parentes et liberi beschützt, ohne Unterschied, ob sie im einzelnen Fall die Querel haben oder nicht. — Daß übrigens eine querela inoff. gegen den c. t. b. possessor möglich ist, zeigt das in fr. 20. pr. in fin. de b. p. c. t. angeführte Beispiel.

5) Fr. 1. §. 1.—3. fr. 2. de legat. praest. — Die Zeit, auf welche für das Vorhandensein des Verwandtschaftsverhältnisses gesehen wird, ist der dies legati cedens. Fr. 24. de legat. praest.

6) Fr. 25. §. 1. u. 2. de legat. praest. fr. 13 §. 1. de b. p. c. t. (Der Jurist entscheidet hier stillschweigend, daß der nepos die virilis portio erhalten soll, ebenso muß es also auch mit den Legaten sein). Von dem nepos post emancipationem filii susceptus sprechen noch insbesondere fr. 3 u. 7. de conjung. cum emanc.

7) Fr. 5. §. 3. de legat. praest. — Fr. 5. §. 2. eod.: Omnibus autem liberis praestari legata Praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem Praetor dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere (s. §. 83. zu Note 6.). Constituere igitur apud se debet, utrum c. t. b. p. petat, an vero legatum persequatur; si elegerit c. t., non habebit lega-

Nachdem dieſe Aufrechthaltung der Vermächtniſſe an die **conjunctae personae** einmal feſtſtand, iſt es auch ſehr erklärlich, daß man noch weiter ging, und ſelbſt die Erbeseinſetzung dieſer Perſonen trotz der c. t. b. p. beſtehen ließ. Da die Ernennung zum Erben den Römern noch ehrenvoller erſchien als ein bloßes Vermächtniß, da man aber die Bedenkung der **conjunctae personae** aufrecht hielt, weil man den Erblaſſer für verpflichtet anſah, ſeine nächſten Verwandten zu ehren („honoriren"), ſo lag die Schlußfolgerung nahe, daß unmöglich dieſe höhere Pflichterfüllung durch einen dazwiſchen tretenden Notherben wieder zunicht gemacht werden könne [8]).

Indeß hat ſich dies doch erſt ſpäterhin, nämlich auf die Autorität Julians hin feſtgeſtellt, indem der Gedanke dieſes Juriſten durch ein eigenes Kaiſergeſetz anerkannt wurde [9]). Und jedenfalls müſſen wir nun auch zugeſtehen, daß hierin eine wahre Ausnahme von dem Grundprincip der c. t. liegt, wonach eigentlich alle **extranei** »**a tota hereditate repelluntur**«. Denn es iſt kein Zweifel, daß wir dieſe **conjunctae personae** zu den **extranei** (im Gegenſatz der **sui**) zu zählen haben [10]). Aber eben ſo iſt auch die Conſervirung der Legate an dieſelben eine wahre Ausnahme von der Regel, wonach der c. t.

---

tum, si legatum elegerit, eo jure utimur, ne petat b. p. contra tabulas.

8) Fr. 5. §. 6. de legat. praest. — Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Julianus saepissime scripsit, in portione quoque hereditatis idem, quod in legato, probandum; cujus sententia rescripto divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur. fr. 3. §. 2. eod.

9) Mühlenbruch a. a. O. S. 27. — Fr. 1. pr. de leg. praest. — »et ad aliquid novam.« Erſt durch das Reſcript des Pius ſcheint es zum wirklich praktiſchen Recht geworden zu ſein, da fr. 21. de leg. praest. es ein beneficium legis nennt. S. auch fr. 7. eod. und fr. 7. de conjung. »nunc vero post constitutionem divi Pii.« —

10) In anderer Weiſe werden aber doch die conj. pers. wieder den ganz fremden entgegengeſetzt (fr. 5. §. 8. de legat. praest), offenbar weil ſie, wie ein Juriſt einmal von einem anderen Fall ſagt, non in totum extranei ſind.

b. possessor seine materielle pars wie ein Inteſtaterbe erhalten ſollte. Da indeſſen Gründe genug vorhanden waren, dieſe Ausnahme aufzuſtellen, ſo konnte man leicht den weiteren Schritt thun, und ſie auch auf die Erbeseinſetzung ausdehnen.

Die Römer haben aber dieſe neben der c. t. aufrechterhaltene Inſtitution der pers. conj. ſtets als ein ganz eigenthümliches anomales Rechtsverhältniß behandelt, wie ſie denn auch eine ganz eigene, ſchon von Mühlenbruch bemerkte, Terminologie für dieſelbe haben: **Conservatur portio hereditatis** heißt es ſtets von ihnen, und es wird ausdrücklich hinzugeſetzt, dieſe portio könne nie den Viriltheil überſteigen, weil natürlich die conj. pers. nie mehr erhalten darf, als der c. t. b. possessor ſelbſt, ein Satz, der auch ebenſo ſchon für die Vermächtniſſe gilt [11]).

---

11) Fr. 5. §. 7. fr. 6. 7. fr. 15. §. 2. de legat. praest. Man hat dieſe Einſchränkung auf die portio virilis urſprünglich für die Vermächtniſſe an conjuncti aufgeſtellt, und dann auf die Inſtitution übertragen. Dies erhellt aus der Art, wie die Römer alle übrigen Bedenkungen der conj. pers. ſtets mit den Legaten vergleichen, weßhalb auch, wenn der intestato Verſtorbene ihnen mort. causa donationes gegeben hatte, Marcian in fr. 20. §. 1. eod. entſcheidet, es könne keine Beſchränkung ad virilem eintreten, quoniam comparatio nulla legatorum occurrit. — Uebrigens tadelten die Römiſchen Juriſten das Edict (fr. 6. eod. saepe animadverti, hanc partem edicti habere nonnullas reprehensiones) darin, daß es die Berechnung dieſer Virilportion bei der Concurrenz mehrer conj. personae unentſchieden gelaſſen hatte. Sollte hier einem Jeden von ihnen ein Viriltheil conſervirt werden? Dies ſchien den Römiſchen Juriſten eine zu große Unbilligkeit gegen den c. t. b. possessor, und ſo nahm man denn ſowohl für Vermächtniſſe, als die Inſtitution der conj. personae an, daß ſie alle zuſammen nur einen Viriltheil bekommen ſollten. Julian ſcheint dies aufgebracht zu haben, was dann allgemeine Billigung fand, ſo daß es von Ulpian als ganz feſtſtehendes Recht vorgetragen wird, fr. 6. fr. 8. pr. de legat. praest. ſ. Franckes Notherbenrecht. S. 148. Freilich konnte nun dies doch bisweilen vortheilhafter ſein, als wenn dem, welchem die portio virilis conſervirt wird, die c. t. b. p. aus eigenem Rechte zuſtände. fr. 7. de conjungendis. Man entſchied ſich aber doch für die Conſervirung der portio, weil auch ſchon bei Legaten an conj. pers. ganz daſſelbe Reſultat herauskommen konnte,

Das ganze Rechtsverhältniß schwebt in merkwürdiger Weise zwischen den Grundsätzen der Erbeinsetzung und des Vermächtnisses in der Mitte, was sich daraus erklärt, daß man einestheils freilich manche Folgen des Erbeseins unmöglich läugnen konnte, sobald einmal die Erbeseinsetzung für gültig erklärt war, — anderntheils man aber doch die ganze lediglich von den Legaten hergenommene Ausnahme von diesen letzteren nicht zu sehr entfernen, und dem Rechte des c. t. b. possessor nicht zu sehr Abbruch thun wollte. Betrachten wir beide Punkte noch etwas genauer.

a) Ein Ausfluß des Erbeseins ist, daß die instituirte conj. pers. selbst wieder an der Legatenzahlung, und zwar an die exceptae personae, Theil nehmen muß [12]). Eine an-

---

und die Institution ganz nach der comparatio legatorum beurtheilt wurde (nam et legatum eidem datum praestaret (fr. 7. cit.).

12) Fr. 5. §. 8. de legat. praest. Siehe über diese schwierige Stelle Mühlenbruch a. a. O. S. 39. Note 84., dessen Erklärung aber auch wohl nicht befriedigend ist, denn die instituirte conj. pers. als heres ex asse anzunehmen, ist doch unmöglich, da so ausdrücklich von der portio hereditatis die Rede ist, und eine Verkürzung derselben durch die c. t. b. p. gar nicht erwähnt wird. — Vielleicht ist Folgendes richtiger. Ulpian sagt, die instituirte conj. pers. brauche bloß an die exceptae personae die Legate zu bezahlen, also die Legate an die extranei werden ungültig. Nun entsteht die Frage, ob die conj. pers. allein den Vortheil dieser für ihre portio ungültigen Legate haben soll. Ulpian verneint dies. Er unterscheidet zwei Fälle: 1) es sind außer den (ungültigen) Legaten an extranei noch (gültige) Legate an andere exceptae pers. aufgelegt worden (si legatis onerata sit portio, tam liberorum parentumve, quam extraneorum. Von einer Erwähnung des Abzugs der Falcidia finde ich gar keine Spur, denn das Wort onerata heißt nur, daß die Portion mit Legaten belastet ist, und es wird nirgends weiter in der Stelle auf eine Ueberlastung hingedeutet). In diesem ersten Falle solle der Vortheil der ungültigen Legate unter die sämmtlichen conjunctae pers. (also sowohl den Instituirten, als auch die mit Legaten Bedachten) gleichmäßig repartirt werden. Dieser Satz scheint mir sehr natürlich, da ja die Institution der parentes et liberi doch eigentlich als Legat behandelt wurde (s. im Text № b.), und nun auch die eine instituirte conj. pers. nicht, im Vorzug vor den übrigen, den Vortheil der ungültigen Legate allein ziehen sollte. Sie erscheinen hier gleichsam Alle als Collegatare, unter welche die un-

dere Einwirkung mußte die Conservirung der **portio hereditatis** auf die Freiheitsertheilungen äußern. Wir haben vorher gesehen, daß, wenn ein ganz Fremder instituirt ist, seine **her. aditio** für die Gültigkeit derselben gar keine Bedeutung haben kann, denn er wird ja durch die **c. t.** vollkommen removirt, und die Frage, wie weit das Testament gültig und ungültig sei, kann nicht von seinem Willen, sondern lediglich von den positiven Regeln der **c. t. b. p.** abhängen. Hier aber gestaltet sich die Sache offenbar ganz anders. Die Institution der **conj. pers.** wird nun einmal durch die **c. t.** nicht vernichtet, da wir hier also einen **jure scriptus heres** vor uns haben, so kann man auch unmöglich seine **her. aditio** für eine ungültige, nichts bedeutende Handlung erklären. Daraus folgt denn aber wieder mit unumgänglicher Consequenz, daß, wenn die **conj. pers.** diese **her. aditio** vornimmt, die Freiheitsertheilungen gültig werden. Deßhalb sagt denn auch Ulpian in **fr. 8. §. 2. de legat. praest.: si adierit hereditatem is, cui virilis conservatur, libertates competent ex necessitate per aditionem.** Die Bezeichnung des Instituirten durch die Worte: **is cui virilis portio conservatur** beweist ganz unwiderleglich, daß hier nur von dem Ausnahmsfall der instituirten **conj. pers.** die Rede ist [13]), und Ulpians

---

gültigen Legate vertheilt werden. 2) Der andere Fall ist, wenn keine conj. pers. da sind, mit denen man die ungültigen Legate zu theilen hätte (si non legatariis liberis parentibusque dandum sit), also der instituirten conj. pers. lediglich an extranei Legate aufgelegt wurden. Da diese, wie schon vorher gesagt ist, ungültig, aber keine andere conj. pers. vorhanden sind, unter welche der Vortheil zu repartiren wäre, so soll nun, wie Ulpian sagt, dieser Vortheil mit dem c. t. b. possessor getheilt werden, offenbar nach Viriltheilen (quod extraneis non praestatur, communicatur cum eo, qui c. t. petit). Auch dieser Ausspruch ist sehr erklärlich. Wenn die ungültigen Legate nicht an Collegatare fallen, so bleiben sie in hereditate. Der eigentliche Erbe ist hier aber der c. t. b. possessor, die instituirte conj. pers. leitet nur von ihm ihr Recht ab. Sie sollen deßhalb auch als coheredes den Vortheil der ungültigen Legate theilen, ebenso wie der Notherbe den Vortheil ganz allein zieht, wenn die conj. pers. repudiirt (fr. 21. eod.).

13) Dies hebt mit Recht schon Mühlenbruch hervor (a. a. O. S. 38.),

Gedankengang ist offenbar der: weil hier der **pers. conj.** ihr Erbtheil conservirt wird, sie also nicht **a tota hereditate repellitur**, so ist es freilich nothwendig, daß sie auch die **her. aditio** vornehmen, und dadurch die Freiheitsertheilungen zur Gültigkeit bringen kann. Daraus folgt, daß diese Stelle in keiner Weise benutzt werden darf, um die Gültigkeit der **libertates** auch bei der **her. ad.** eines ganz fremden **scriptus heres** darzuthun; im Gegentheil, da der **plane extraneus a tota hereditate repellitur**, so führt schon diese Stelle auf den umgekehrten Schluß, daß dann auch gar keine **necessitas** vorliegt, die Freiheitsertheilungen gelten zu lassen.

b) Dies sind die beiden Punkte, in denen die Conservirung der **virilis portio** nach den Grundsätzen der **heredis institutio** behandelt wird. Die **conj. pers.** kann an und für sich nicht verhindert werden, die **her. ad.** vorzunehmen, und sie muß jedenfalls, auch wenn sie dies nicht gethan hat, an der Zahlung der Vermächtnisse für andere **conj. pers.** Theil nehmen [14]). Aber dieser letzte Punkt zeigt schon, daß man die Succession der **conj. pers.** keineswegs als eine gewöhnliche testamentarische behandeln wollte, denn sonst würde sie verpflichtet gewesen sein, die Legate auch an die völlig **extranei**

---

und es ist auch gar nicht einmal nöthig, es in so zweifelndem Tone, wie er thut, als etwas bloß „Wahrscheinliches" vorzutragen. Außer, daß die Stelle selbst es schon zeigt, es sei nur von der portio der conj. pers. die Rede, sieht man dies auch aus dem ganzen Fragmente, dem der angeführte §. 2. angehört. Es ist ganz augenscheinlich, daß die beiden Fragmente, 5 u. 8 **de legatis praestandis** in Ulpians Edictscommentar sich aneinander schlossen. In beiden ist von dem Recht der **conjunctae personae** die Rede, und die Compilatoren schoben nur fr. 6. und 7. dazwischen, um noch genauer das zu erklären, was Ulpian in den letzten beiden §§. des fr. 5. ausführt.

14) Hiebei entsteht die Frage, ob, wenn sie die her. aditio vornahm, sie nicht alle Legate bezahlen mußte, ebensogut, wie alle Freiheitsertheilungen gültig wurden? Die Quellen sprechen davon nicht; mir scheint die Bejahung aber sehr wahrscheinlich. Nur müssen die übrigen conjuncti, oder der c. t. b. possessor, die ein Recht auf communicatio des Vortheils aus den ungültigen Legaten hatten, die doli actio haben anstellen können.

pro rata ihrer **portio** zu zahlen. Noch viel mehr sieht man dies aus der Art, wie die Römer jene **necessitas**, daß durch die **her. aditio** die **libertates** gültig wurden, zu umgehen wußten. Ulpian fährt darüber in **fr. 8. §. 2. cit.** folgendermaßen fort:

> **Verumtamen videndum est, an de dolo actione teneatur, qui adiit? Et magis est, ut si denuntiante eo, qui praeteritus accepit c. t. b. p., hic adiit hereditatem, pollicente eo portionem virilem, sit quod ei imputetur, et de dolo actione teneatur; damno enim afficit hereditatem, dum competunt libertates.**

In diesen letzten Worten, die wir schon oben benutzten, ist offenbar das Grundprincip der **c. t.** angegeben. Indem der Prätor den **liberi** die materielle **pars hereditatis** zuwenden will, welche sie **ab intestato** erhalten haben würden, so muß er diejenigen testamentarischen Verfügungen vernichten, welche eben diese materielle **hereditas** dem Notherben verringern (**damno afficiunt**). Deßhalb müssen da, wo der **scriptus heres** vollkommen **a hereditate repellitur**, die **libertates** von vorn herein ungültig sein; wo dagegen der **conj. pers.** ihre **portio** conservirt wird, da ist freilich die Ungültigkeitserklärung nicht so direct möglich, sie würde aller Consequenz Hohn sprechen. Aber das Princip der **c. t.** muß darum doch nicht minder aufrecht erhalten werden, und so sucht man dies denn indirect durch Umwege zu erlangen. Unsere Stelle theilt uns dies sehr deutlich mit.

Man ging darauf aus, die **her. aditio** der **conj. pers.** und also die daraus hervorgehende rein testamentarische Succession zu verhindern. Der Mittel, die hierauf abzielen, sind zwei. Zuerst soll der **c. t. b. possessor** seinem Verwandten denuntiiren, daß er sein Notherbenrecht geltend mache, und bereit sei, ihm seine **portio virilis** auszuzahlen. Und damit soll die **conj. pers.** zufrieden sein, und die **her. aditio** unterlassen. Was ist dies nun für ein Rechtsverhältniß? **Heres** wird sie nicht, denn sie hat ja gerade die Antretung nicht vorgenommen. **Bonorum possessor** ist sie auch nicht, denn es ist nicht daran zu denken, daß sie etwa die **b. p. commisso**

per alium edicto agnosciren könne. Wir sehen aus Ulpians Worten: pollicente eo portionem virilem sehr klar, von welchem Gesichtspunkte aus die Römer das Ganze behandeln. Der b. possessor soll der alleinige eigentliche Universalsuccessor sein, die conj. pers. von ihm ihr ganzes Recht ableiten, und auf ihr selbständiges civiles, auf her. aditio gestütztes Erbrecht verzichten. Sie gilt ähnlich wie ein Vermächtnißnehmer [15]), dem eine Quote der Erbschaft zu restituiren ist, aber dafür hat sie nun auch an den Vortheilen der c. t. Antheil. Die auf ihre portio gelegten Vermächtnisse werden ganz nach den Grundsätzen der c. t. b. p., ebenso als wie wenn sie selbst diese agnoscirt hätte, ungültig. Freilich, wie sich von selbst versteht, auch wieder mit derselben Ausnahme, die überhaupt hiebei gilt, und auf der ja ihr ganzes eigenes Recht ruht, daß nämlich wieder an andere conj. pers. die Legate zu zahlen sind. Ferner ist nun, durch die Verhinderung der her. ad. der andere Vortheil, der freilich der conj. pers. nicht weiter zu Gute kommen soll, erlangt, daß die libertates ungültig bleiben, und mithin das Princip der c. t. auch hier wirklich aufrecht erhalten wird.

> **Fr. 23. de legat. praest. — Hi, quibus relictum in virilem portionem divus Pius conservari constituit, ex servis, qui libertatem propter bonorum possessionem contra tabulas acceptam consequi non potuerunt, nihil habebunt.**

Diese Stelle bestätigt durch ihre Entscheidung sowie die Art der Argumentation alles über die Freiheitsertheilungen und das Ausnahmsrecht der conjunctae personae Gesagte, wie mir scheint, vollständig. Als der eigentliche Grund, weßhalb die libertates nicht gelten, wird die Agnition der c. t.

15) Daraus erklärt sich jener in Note 12. angeführte Satz, daß in Bezug auf den Vortheil aus den an extranei hinterlassenen Legaten die instituirte conj. pers. doch nicht besser stehen soll, als die bloß mit einem Legat bedachte. Jene, sobald sie die Legate an extranei nicht zu zahlen hat, muß ja immer als auf die her. ad. verzichtend gedacht werden, dann aber steht sie dem b. possessor als Vermächtnißnehmer gegenüber, und theilt mit den übrigen Legataren die wegfallenden Vermächtnisse.

angeführt, nicht aber die Unterlassung der her. aditio. Man sah es also als regelmäßige Folge der c. t. an, daß die her. aditio der conj. pers. unterbleiben müsse, und so denn auch als Folge der c. t., daß die Freilassungen nicht gelten. Um so mehr aber wird hiedurch bewiesen, daß, wenn der scriptus ein extraneus ist, also seine her. aditio überhaupt gar nicht berücksichtigt zu werden braucht, die libertates durch die c. t. vernichtet werden. Andererseits aber zeigt die Stelle auch, daß die conj. pers. dem b. possessor gegenüber vorherrschend als Vermächtnißnehmer behandelt wird. In Beziehung auf die Legate an extranei, die durch die c. t. ungültig werden, erscheint er freilich als coheres, indem ihr Werth nicht dem b. possessor allein zufällt, sondern Beide ihn mit einander theilen (s. Note 12.). Und dies erscheint auch billig, da doch die Legate auf der Portion des Instituirten unmittelbar haften, und ebensogut wie er sie an die conjuncti zu zahlen hat, so er auch an dem Vortheile der nicht zu zahlenden Legate seinen Antheil haben muß. Dagegen die Freiheitsertheilungen erscheinen mehr als ein gleich von der ganzen Erbschaft zu machender Abzug, und von dem Vortheile, daß dieser hier nicht die Erbschaft vermindert, soll die conj. pers. nichts erhalten, denn da die libertates nicht gelten, so kann sie auch die her. aditio nicht vorgenommen haben. Erbin also ist sie nicht, und sie soll sich auch nicht darauf berufen, daß durch ihre Unterlassung der her. ad. der Vortheil entstanden sei. Denn sobald der b. possessor ihr denunciirt und den Erbtheil verspricht, so ist sie zu dieser Unterlassung positiv verpflichtet, sie soll eben mit dem ihr gemachten Versprechen zufrieden sein. Die c. t. also ist es, welche die libertates vernichtet, und zugleich den einzigen Weg, sie zur Gültigkeit zu bringen, entschieden verbietet. So aber erklärt es sich, daß der, welcher gar nicht heres ist, auch nicht an dem Vortheile aus den ungültigen Freiheitsertheilungen Antheil haben soll, sondern daß dieser lediglich dem b. possessor zufällt. —

Dies ist die Gestalt, welche das Verhältniß der pers. conj. und des bonorum possessor regelmäßig haben soll. Aber in dem Bisherigen liegt schon, daß dem gegenüber die Vornahme

der her. ad. doch immer denkbar bleibt. Es kann dies geschehen sein, weil der b. possessor die Denuntiation gar nicht hatte ergehen lassen. Alsdann hat er es sich selbst zuzurechnen. Wenn aber die Denuntiation nicht versäumt worden war, so wäre die her. aditio stets dolus, und deßhalb kann der Instituirte auch mit der actio doli belangt werden. Und diese drohende Strafe ist ein zweites, kräftiges Mittel, um denselben, falls die Vortheile der vom Prätor ihm zugewiesenen Stellung ihn nicht bewegen sollten, dennoch zum Verzichte auf die civile testamentarische Succession zu veranlassen.

V. Die abgeleitete c. t. b. p.

§. 85. Die Wirkungen der c. t. in Bezug auf die Nebenbestimmungen des Testamentes sind jetzt vollständig entwickelt. Mit dem Hauptpunkte aber, der Wirkung auf die Institution, sind wir noch nicht zu Ende. Bisher sind nur erst die zwei Fälle untersucht worden, wenn der institutus ein völlig extraneus (§. 82.), und wenn er eine conjuncta persona ist, welche letztere die Römer bald unter die extranei im w. S. rechnen, bald den extranei im engeren Sinne entgegensetzen. Wir müssen jetzt zu dem dritten Falle übergehen, wenn der institutus einer von den liberi ist, welchen im Fall der Präterition die nominelle oder wahre c. t. b. p. zusteht. Daß dieser Fall eine von den beiden anderen ganz verschiedene Gestalt darbieten muß, ist bei dem Zwecke des Prätors, die c. t. zu einer allgemeinen Erbschaftsregulirung sämmtlicher liberi zu machen, sehr natürlich. Es bezieht sich darauf ein ganz eigenes Institut, die b. p. commisso per alium edicto. Wir wollen sie kurz die abgeleitete c. t. b. p. nennen [1]).

Die Voraussetzung ist, daß zwei Notherben neben einan-

1) Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. — Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad c. t. b. p. vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est, ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad c. t. b. p. admittetur.

der stehen, deren Einem sein Notherbenrecht gewahrt wurde, während der Andere präterirt ist. Jener Erstere kann, wie ich eben schon bemerkte, ein civiler oder Prätorischer Notherbe sein, dem also im Fall der Präterition die nominelle oder wahre c. t. zustehen würde. Ebenso ist aber auch umgekehrt unter dem Präterirten sowohl der civile als Prätorische Notherbe zu verstehen. Denn, wie ich oben schon anführte, es hat die nominelle c. t. der civilen Notherben gerade darin eine Hauptbedeutung, daß hier aus dem **majus** der reinen Intestatsuccession für andere Personen wenigstens das **minus** der wahren c. t. b. p. abgeleitet werden kann.

Indeß haben wir einstweilen diesen Fall hier noch unberücksichtigt zu lassen, indem, wie gleich im Anfang des §. 82. hervorgehoben wurde, vorerst ohne Rücksicht auf die Concurrenz des Intestaterbrechts civiler Notherben, rein die Wirkungen der wahren c. t. b. p. festzustellen sind. Wir werden auch später sehen, daß eine Committirung der c. t. b. p. aus der Person eines Intestaterben, erst spätere Fortbildungen der Römischen Jurisprudenz sind, während man anfangs meinte, daß nur aus der Person dessen, der zur wahren c. t. berufen ist, diese auf sämmtliche instituirte **sui** und **emancipati** übertragen werden könne. Demnach denken wir uns also neben dem Instituirten einen präterirten Accrescenzerben oder **emancipatus**.

Es lag freilich sehr nahe, daß der Prätor, wenn einmal die Frist der c. t. wegen der Präterition des Prätorischen Notherben lief, er an derselben mit diesem zugleich auch schon die instituirten **liberi** zuließ, damit gleich aus der Zahl der Concurrenten bestimmt werden könne, auf welche Quote dem Präterirten die c. t. zu geben sei. Dieser soll ja nur eine so große **pars** erhalten, als er **ab intestato** bekommen haben würde, wenn kein Testament gemacht wäre, also im Verhältniß zu seinen instituirten Geschwistern einen Viriltheil. Das aber läßt sich nur aus der Zahl sämmtlicher **liberi** ersehen, und sie also gleich in derselben ersten Frist allesammt berufen, wäre nichts weiter gewesen, als was an und für sich nur in der nominellen c. t. der präterirten **filii sui** und **postumi** liegt, daß sie nämlich, während andere Geschwister die

c. t. agnosciren, in derselben Frist auch zugleich die b. p. auf ihren Intestattheil erhalten. Läge hier also nichts weiter vor, so könnten wir auch diese in derselben ersten Frist ertheilte b. p. der Instituirten ebenfalls nur eine nominelle c. t. nennen, während sie doch dem Wesen nach eine wahre sec. tab. wäre. Aber daß man hiebei nicht wohl stehen bleiben konnte, ist leicht einzusehen.

Indem man dem präterirten Notherben seinen Viriltheil gewähren wollte, mußten jedenfalls die instituirten **liberi**, wenn sie auf mehr als die **virilis portio** eingesetzt waren, bis auf diese verkürzt werden. Kamen sie also durch die c. t. ihres Bruders in Schaden, so war es auch wieder billig, daß sie umgekehrt an den Vortheilen dieser Succession Theil nahmen. Aber hier kommt überhaupt noch mehr als die Billigkeit in Betracht.

Man muß sich wohl hüten, die c. t. b. p. als ein bloßes Rechtsmittel, wodurch der Präterirte seinen materiellen Intestattheil erhielte, anzusehen; als wenn hier etwas Aehnliches, wie bei der **querela inoff.** vorläge. Die c. t. afficirt das ganze Testament, sie geht, wie jede andere b. p., auf die ganze Universalsuccession. Sie ist keine Klage, kein Rechtsmittel, gegen die bestimmte Person des **scriptus heres** gerichtet, sie ist eine absolute, auf die volle Repräsentation des Verstorbenen gerichtete, Beerbung[1a]). Freilich tritt sie nicht ganz **ipso jure** ein, sie setzt die besondere Erbittung voraus, aber das verändert doch in ihrem Wesen nichts, und so duldet sie an und für sich keine andere Succession neben sich.

Allerdings konnte neben der wahren c. t. das Intestaterbrecht eines **filius** oder **postumus praeteritus** nicht vernichtet werden, aber gerade deßhalb fügte man dies wenigstens als nominelle c. t. an die wahre an, um doch wenigstens äußerlich eine gleichartige Succession zu haben. Ebenso ist es nun auch mit den instituirten **liberi**. Der Prätor will ja nur die **extranei** vertreiben, und unter sämmtlichen **liberi** eine

1a) Deßhalb wird von dem Theile der instituirten liberi gesagt: nam quod habuit ex judicio (parentis), convertitur ad contra tabulas bonorum possessionem. Fr. 3. de dotis coll.

gleiche Vermögensvertheilung herſtellen; alſo kann er nicht die zurückweiſen, die, wären ſie nicht inſtituirt, ſelbſt die c. t. haben würden. Da nun aber doch die c. t. das ganze Teſtament und das ganze Vermögen betrifft, ſo müſſen nothwendig auch die Inſtituirten daran Theil nehmen. Das eben heißt es, daß ſie **commisso per alium edicto** die c. t. agnosciren dürfen. Aber unmöglich konnte ihnen dieſe Agnition als nothwendige Pflicht aufgelegt werden. Da der Prätor nichts will, als den Präterirten ihnen gleichſtellen, nicht aber ihn vorziehen, ſo kann die Unterlaſſung der Agnition unmöglich den Verluſt ihres Rechts mit ſich führen. Der Prätor berückſichtigt ſie, auch wenn ſie nicht vor ihm erſcheinen.

Hieraus erklärt ſich die Stellung der Inſtituirten dem Präterirten gegenüber. Sie zerlegt ſich in drei Fälle.

1. Wenn der Inſtituirte die abgeleitete b. p. agnoscirt, ſo erhält er dadurch ſtets den Viriltheil. War er alſo auf Weniger eingeſetzt, ſo gewann er [2]); war ihm eine größere Quote vom Erblaſſer zugetheilt, ſo gereichte ihm die b. p. zum Nachtheil, dem er aber auch durch Unterlaſſung der Agnition gar nicht entgehen kann. Denn es ſoll nun einmal gegen den Willen des Erblaſſers wegen Präterition des Einen eine gleichmäßige Vertheilung der Erbſchaft nach Virilportionen eintreten.

Wir finden alſo in dieſer Beſchränkung auf den Viriltheil daſſelbe, was auch bei den **conjunctae personae** eintritt. Aber das Recht der Letzteren unterſcheidet ſich doch von dem der inſtituirten **liberi** weſentlich dadurch, daß jene nie mehr erhalten können, als worauf ſie inſtituirt ſind, daß ſie ferner

2) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus juris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent. Quippe si filius, qui in potestate patris est, ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. Sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte, qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. p. habere potest. Es folgen dann die ſchon §. 82. mitgetheilten Worte.

ihr Recht nur vom **b. possessor**, einem Vermächtnisse gleich, ableiten sollen, wobei also die Voraussetzung ist, daß der **b. possessor** die Agnition schon vorgenommen haben muß. Die instituirten **liberi** aber haben ein ganz selbständiges Recht auf die **b. p.**, sie sollen ja doch jedenfalls wegen ihrer eigenen Person einen Viriltheil erhalten. Daß sie denselben nach dem Recht der **c. t.** erhalten, wird freilich aus der Präterition ihres Bruders abgeleitet, da sie aber auch ohne das einen Anspruch auf **b. p.** haben, so brauchen sie nicht zu warten, bis der Präterirte sein Recht geltend macht. Ihre **b. p.** wird nur eben, weil sich die **c. t.** nothwendig auf die ganze Universalsuccession erstreckt, ihrem Inhalte nach durch den Präterirten anders gestaltet, als dies aus ihrer eigenen Person, und ihrem Rechte als Instituirte folgen würde [3]).

2. Weil der Anspruch der instituirten **liberi** ein selbständiges nur dem Inhalte nach durch den Präterirten modificirtes Recht ist, so konnte man unmöglich folgern, daß, wenn er die abgeleitete **b. p. c. t.** nicht agnosciren wollte, sein Theil schon deßhalb als ausgeschlagen den Uebrigen accrescire. Der Zweck der **c. t.** ist doch nur, dem Präterirten seinen Viriltheil zu verschaffen, und wenn nun auch die **c. t.** allerdings auf die ganze Universalsuccession sich erstreckt, so kann dies nicht so weit ausgedehnt werden, daß es den Instituirten bei Verlust alles Rechts zwänge, an der notherbenrechtlichen Succession Theil zu nehmen. So kommt es, daß man ihn auch schützen mußte, wenn er aus dem Testamente die **her. aditio** vornahm. Freilich in soweit beherrscht ihn auch dann die **c. t.**, daß er nie mehr als den Viriltheil erhalten kann. Ist er aber nur auf diesen oder auf weniger instituirt, so kann er als ciwiler Erbe seinen ganzen Institutionstheil sich aneignen [3a]).

---

3) Fr. 10. §. 6. eod. — Hi, qui propter alios c. t. b. p. petunt, non exspectant, ut praeteriti b. p. accipiant, verum ipsi quoque b. p. petere c. t. possunt; quum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant illi, nec ne, bonorum possessionem.

3a) Dies Recht geht auch auf die Erben des Instituirten über, wenn er ohne Agnition der b. p. gestorben ist, und ihm sein Institutionstheil als suus heres ipso jure zugefallen war. Auf die

Durch die Wahl der her. ad. vermag er alſo nie zu gewinnen, wohl aber kann er dadurch verlieren, denn die Wirkung der her. aditio iſt, daß er ſogleich den Anſpruch auf die abgeleitete c. t. verliert, weil dieſe mit einer Anerkennung des Teſtamentes nicht vereinbar iſt (ſ. §. 83. Note 5. u. 6.) [4]).

Wirkungen der c. t. haben dann aber dieſe Erben keinen Anſpruch. Fr. 1. §. 8. de collatione.

4) Fr. 14. pr. eod. (Africanus). — Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere b. p. respondit, quia judicium patris secutus sit; nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad b. p., sive ab heredibus institutis, sive ab his, qui c. t. petierint, acceperint. Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si b. p. accepisset, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit; quodsi ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Hier beſtand übrigens eine Controverſe unter den Römiſchen Juriſten. Die Einen (mit African) hielten ſtreng an der im Text angegebenen Regel feſt, daß, wer das Teſtament anerkenne, keinen Anſpruch auf die c. t. und deren Vortheile habe. Die tuitio Praetoris, welche rückſichtlich des antretenden Inſtituirten erwähnt wird, iſt daher nicht etwa die Ertheilung einer b. p. an denſelben, wie Mühlenbruch meint (a. a. O. S. 35. Note 79.), denn es wird hier gerade vorausgeſetzt, der Inſtituirte habe ſie nicht agnoscirt, ſondern ſie bedeutet die Aufrechthaltung des reinen Civilrechts, neben der dem Präterirten ertheilten c. t. — Die Gegner des African, zu denen Paulus gehört, nahmen die mildere Anſicht an, daß, da der Inſtituirte doch die c. t. hätte agnosciren können, er die Vortheile derſelben genießen ſolle, als wenn er ſie wirklich agnoscirt habe. Fr. 15. §. 1. de legat. praest. — Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem b. p. acceperit, hic quidem, qui b. p. accepit, certis personis legata debebit. De scripto autem quaeritur. Et complures putant, certis personis et eum praestare debere. Quod puto verius esse, nam et Praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui c. t. petere potuerunt. — Für Paulus ſpricht die Billigkeit, wenn man ſich denkt, daß der scriptus durch irrige und unbedachte Antretung ſich mittelſt der an extranei zu zahlenden Legate großen Schaden verurſacht hat. Je-

Allerdings kommt hiedurch das Resultat heraus, daß wieder zwei verschiedene Successionen neben einander bestehen, eine testamentarische und eine c. t.; aber das ist nun einmal nicht zu ändern. Das Princip, alle **liberi** neben einander anzuerkennen, ist die Hauptsache. Das andere, nämlich die Grundsätze der c. t. über die ganze Erbschaft herrschen zu lassen, ist das schwächere, das im Conflict mit jenem zurückweichen muß. Der Prätor kann nichts thun, als den Instituirten die Möglichkeit bieten, sich der c. t. zu bedienen. Gegen ihren Willen das zweite Princip durchführen, hieße einer juristischen Theorie zu Liebe den Hauptzweck verfehlen, den man vor Augen hatte [5]).

Vergleichen wir nun aber wieder das Recht der instituirten **liberi** mit dem der übrigen Instituirten, namentlich der **conjunctae personae**. Es besteht hier eine völlige Stufenfolge. Der **extraneus** wird ganz hinweggeräumt, seine **hereditatis aditio** hat, wenigstens für ihn selbst gar keine Bedeutung. Die **conjuncta persona** kann allerdings, weil doch ihre **portio virilis** conservirt wird, durch Antretung die Erbschaft als testamentarischer Erbe erwerben, aber ihr ist dies durch den Prätor verboten, und sie macht sich mit der **actio doli** für den Schaden verhaftet, der daraus der Erbschaft erwächst. Ganz anders aber ist es bei den instituirten **liberi**. Der Prätor muß sie nach seinem eigenen Princip schützen, auch wenn

---

benfalls aber ist Africans Ansicht die juristisch consequentere. Paulus widerspricht sich selbst, indem er eben vorher in demselben § sagt: Sed si solus heres institutus c. t. b. p. acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adiisset hereditatem. Also wenn er die hereditas antritt, so muß er doch sämmtliche Legate prästiren, und nun gleich darauf sucht Paulus zu beweisen, daß der die hereditas Antretende sie nicht zu zahlen brauche »perinde atque si accepisset b. p.!« Damit ist also in beiden Fällen ohne Princip gerade das Entgegengesetzte von dem, was eigentlich vorliegt, an die Stelle gesetzt.

5) Indeß wirkt das zweite Princip wenigstens noch in soweit ein, daß der Instituirte, der die her. ad. vorgenommen hat, ebensowenig ein ihm hinterlassenes Legat fordern kann, als wenn er die abgeleitete c. t. b. p. agnoscirt hätte. Fr. 22. de legat. praest.

sie nicht die b. p., sondern die her. aditio erwählen. Es ist also nicht daran zu denken, daß sie dadurch, wie die conj. pers., die doli actio auf sich zögen, denn diese ruht ja nur auf der an die conj. pers. zu machenden Denuntiation, welche hier, wo ein selbständiges dem Präterirten gegenüber vorhandenes Recht des Instituirten vorhanden ist, gar nicht vorkommt. Aber freilich muß der Instituirte nun doch alle Wirkungen der her. aditio, also alle Legate, wenigstens nach der consequenteren Ansicht Africans anerkennen [6]).

3. Das Bisherige zeigt, daß der Prätor bei den insti-

---

6) Hiedurch bestätigt sich jedenfalls das §. 84. Note 14 Gesagte, daß auch die instituirte conj. pers., wenn sie die her. ad. vornahm, die Legate an die extranei zu zahlen hat, und darin werden Africans Gegner (s. Not. 4.) gewiß nicht anderer Meinung gewesen sein, denn der Billigkeitsgrund des Paulus, quod ex his liberis est, qui c. t. petere potuerunt, paßt für die conj. pers. gar nicht. — Sehr zweifelhaft ist aber umgekehrt die andere Frage, ob, wenn die instituirten liberi die her. ad. vornahmen, die libertates vollkommen gültig geworden seien? Schon bei der instituirten conj. pers. heißt es, sie seien ex necessitate anzuerkennen. Dagegen kann nun aber hier nicht von der actio doli die Rede sein, wodurch sich der b. possessor entschädigte. Und so scheint es, daß nun auch er die libertates vollkommen habe anerkennen müssen. Dennoch kann ich dies kaum glauben. Ebensogut wie der Prätor die c. t. in der Weise über die ganze Erbschaft herrschen läßt, daß dem Präterirten sein Viriltheil durch den Willen des Instituirten nie gekürzt werden kann, so wird er auch keine Einwirkungen auf den Werth dieses Viriltheils zugelassen haben. Ganz so wird ja auch durch die her. ad. dem b. possessor keine größere Pflicht zur Legatenzahlung auferlegt, als ihm schon nach den Regeln der c. t. obliegt. Der Instituirte begründete nur für seinen Institutionstheil die Gültigkeit der Legate an extranei. Freilich kann man ebenso nicht auch die Freiheitsertheilungen behandelt haben, denn die Freiheit ist untheilbar. Aber deßhalb scheint es mir auch gar nicht unwahrscheinlich, daß der Instituirte auf seinen Theil alle Freiheitsertheilungen anrechnen mußte; er hatte den Schaden sich selbst zuzuschreiben, indem er ja die her. ad. unterlassen und die abgeleitete c. t. ergreifen konnte. — In den Quellen wird diese Frage, soviel ich weiß, gar nicht erwähnt, indeß läßt sie sich einigermaßen mit fr. 77. §. 29. de legat. II. vergleichen. Man kann auch hier sagen: libertates praestandas, quas intercidere damni causa durum videbatur.

tuirten **liberi** ſogut wie bei den **conjunctae personae** die Vornahme der **her. aditio** verhindern will, nur daß er ſie jenen nicht ſo ſtreng wie dieſen verbieten kann. Sein Zweck iſt, die ganze Erbſchaft nach den Grundſätzen der **c. t. b. p.** zu reguliren. Und ganz abgeſehen von dem in Note 6 vermutheten Punkte, (daß nämlich die Laſt der Freiheitsertheilung lediglich auf die Portion des Inſtituirten fiel), ſo war ſchon die Ungültigkeit der Legate an **extranei** genügender Grund, daß man ſich vor der **her. aditio** gehütet haben wird, um der Vortheile der **c. t.** theilhaftig zu werden. Später, als vielleicht des Paulus Anſicht in die Praxis eingriff, und die Legate an **extranei** trotz der **her. aditio** ungültig bleiben ſollten, mag letztere wieder mehr vorgekommen ſein. Auf alle Fälle ſehen wir, daß der Prätor die Ungültigkeit der Legate an **extranei** ſoviel als möglich zu einer allgemeinen macht, indem ſie nicht bloß für den ſtatt findet, der ſelbſt die abgeleitete **c. t.** hat, ſondern auch für den, welchem nur die **portio virilis conservatur.** Aber daß dies **beneficium** auch Anderen als dem Präterirten mitgetheilt wird, hat doch nur darin ſeinen Grund, daß wirklich der Präterirte von ſeinem Rechte Gebrauch macht. Bei der **conj. pers.** verſteht ſich dies immer von ſelbſt, indem die Denuntiation des **b. possessor** an ſie natürlich erſt nach der Agnition der **b. p.** Bedeutung hat, und auf dieſer Denuntiation das ganze Recht der **conj. pers.** ruht. Bei den inſtituirten **liberi** aber iſt es, wie wir geſehen haben, anders. Sie brauchen die Agnition des Präterirten nicht abzuwarten, um die abgeleitete **b. p.** geltend zu machen. Aber dadurch wird doch nichts an dem Satze geändert, daß ſie dies **beneficium** der **c. t.** nur haben, wenn der Präterirte von ſeinem Rechte Gebrauch macht. Geſchieht dies alſo nicht, ſo muß der Präterirte ganz wie ein **scriptus heres** alle Legate zahlen [7]). Seine **b. p.** hat daher nur den Namen der

---

7) Fr. 15. §. 1. de legat. praest. — Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus, et utrique c. t. b. p. acceperint, et institutus eadem praestat, quae praeteritus. Sed si solus heres institutus c. t. b. p. acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adisset hereditatem. Fr. 14.

c. t., dem Weſen nach iſt ſie eine **secundum tabulas**, und wir können ſie ebenſogut, wie die des präterirten Hausſohns oder **postumus**, eine nominelle nennen, nur daß die letztere ein noch volleres Recht, als die wahre c. t. enthält, während umgekehrt die c. t. des Inſtituirten nicht einmal die Vortheile der wahren c. t. mit ſich führt.

Hieraus aber erſieht man, daß die ganze abgeleitete c. t. b. p. nicht eine eigenthümliche Willkührlichkeit Prätoriſcher Jurisdiction, ſondern lediglich das Ergebniß des allgemeinen Princips iſt, eine jede Succeſſion müſſe die ganze Erbſchaft, die c. t. alſo auch das ganze Teſtament umfaſſen [8]). Es iſt mithin derſelbe Grund, den wir auch für die nominelle b. p. des civilen Notherben oben gerechtfertigt haben, ein Grund, der es von ſelbſt mit ſich bringt, daß wenn eine Succeſſion überhaupt nicht eröffnet wird, natürlich auch Andere nicht daran Theil nehmen können. Daß dies Princip hier ſich zu einem äußerlich ganz beſonderen Inſtitute geſtaltet, kommt ja nur daher, daß alle b. p. überhaupt auf ſpecieller Agnition beruht. Wollte man alſo noch Andere zur c. t. zulaſſen, ſo mußte man ihnen eine ganz eigene b. p. geben. Aber auch davon ging, wie wir aus der Anſicht des Paulus ſehen, die ſpätere Jurisprudenz ab, denn ſeine Meinung, daß der Inſtituirte trotz der her. aditio die Legate an extranei nicht zu zahlen brauche, können wir ja auch ſo ausdrücken: die einmal eröffnete c. t. wird ipso jure auch auf die übrigen liberi

---

pr. eod. — Eine andere Aufrechthaltung der teſtamentariſchen Succeſſion liegt darin, daß, wenn auch der inſtituirte Sohn ſelbſt nach dem Rechte der c. t. ſuccedirt, doch der durch Pupillarſubſtitution an ſeine Stelle Rückende ganz an die Vorſchriften des Teſtaments für den auf den Sohn gefallenen Theil gebunden iſt. Fr. 126. pr. de legat. I.

8) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — et ideo sive emancipatus, sive is qui in potestate mansit, sive in adoptionem datus ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit. Indem man ſagt, der Präterirte ſolle durch die c. t. den Viriltheil erhalten, ſo liegt doch darin auch die Anerkennung der Uebrigen, deren Theil alſo die c. t. des Präterirten in einen Viriltheil verwandeln muß.

ausgedehnt, ſobald ſie nur überhaupt an der Succeſſion Theil nehmen wollen, eine beſondere Agnition iſt nicht nöthig.

§. 86. Die abgeleitete b. p. ſetzt ihrem ganzen Weſen nach, wie oben ſchon hervorgehoben wurde, ſolche liberi voraus, welche, wenn ſie nicht inſtituirt wären, ſelbſt ein Recht auf die c. t. b. p. haben würden. Dies erkennen auch die Römer ausdrücklich an [1]). Aber in einem Punkte ſind ſie doch über dieſen Satz hinaus gegangen. Nicht bloß inſtituirte filii, und postumi sui, Accrescenzerben und Emancipirte haben die abgeleitete b. p., ſondern auch den durch Adoption in eine fremde Familie Gegebenen iſt ſie zugeſtanden worden. Und zwar nicht erſt durch erweiternde Interpretation der Juriſten, ſondern in Folge ausdrücklicher Verfügung des Edicts:

> **Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t. (Ulp.) — In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint; et hoc justissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt. Ergo et si fuerint heredes scripti, accipient c. t. b. p.; sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere edictum. Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad b. p. c. t. admittamus.**

Die c. t. b. p. wurde, wie wir geſehen haben, eingeführt, um die extranei von der Erbſchaft zu vertreiben, unter den liberi aber eine gleichmäßige Vertheilung der Erbſchaft eintreten zu laſſen. Es lag ſehr nahe, daß man fragen mußte, zu welchen von beiden Klaſſen, den liberi oder extranei, man den in adoptionem datus (unter dem natürlich ein leibliches Kind vorausgeſetzt wird [2])) zu rechnen habe. Wenn nun frei-

1) Fr. 10. §. 4. de b. p. c. t. — Liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum; quo enim bonum est, iis favere, ut partem faciant, nihil habituris? Dieſe liberi ſind alſo die, welchen, wenn ſie inſtituirt ſind, die portio virilis conservatur.

2) Fr. 8. §. 12. eod. — Ut autem admittantur ad b. p., ex liberis esse eos oportet.

lich kein Zweifel sein konnte, daß ihm die c. t. nicht selbständig zugestanden werden könne, so war es doch etwas ganz Anderes, ob, wenn er instituirt war, er mit den übrigen **extranei** solle ausgetrieben werden. Es wird ja gerade vorausgesetzt, daß er **ex liberis** sei (Note 2), und er kann doch unmöglich, wie Labeo auch in der angeführten Stelle hervorhebt, **in totum extraneus** genannt werden. Sehr natürlich daher, daß der Prätor, als er den Accrescenzerben die c. t. zur Vertreibung der **extranei** gab, und also umgekehrt die instituirten **liberi** an der c. t. mit Theil nehmen ließ, den **in adoptionem datus** diesen letzteren zuzählte.

Die weiteren Regeln, unter welchen derselbe gerufen wird, sind einfach zu bestimmen. Wie er sich überhaupt dadurch von den übrigen **liberi** unterscheidet, daß er nie aus eigener Person die c. t. haben kann, so finden sich auch im Uebrigen noch einige Eigenthümlichkeiten. Jedenfalls versteht es sich, daß er in dem **gradus** eingesetzt sein muß, gegen welchen die c. t. des Präterirten gerichtet ist [3]). Wenn er aber unter einer Bedingung eingesetzt war, so steht seine abgeleitete c. t. ebenfalls unter dieser, da er ja, wenn die Bedingung wegfällt, kein selbständiges Recht auf die c. t. b. p. hat [4]). Ob übrigens das Kind vor oder nach dem Tode des Testators adoptirt worden, ob der Adoptivvater noch lebt oder nicht, ist gleichgültig [5]). Etwas ganz Eigenthümliches aber ist, daß dem **in adoptionem datus**, wenn er als **scriptus** die **her. aditio** vornimmt, dies ihm jedenfalls bei Geltendmachung der abgeleiteten b. p. nicht entgegensteht [6]). Und

3) Fr. 8. §. 13. de b. p. c. t.

4) Fr. 11. pr. eod.

5) Fr. 9. 10. pr. eod.

6) Fr. 10. §. 1. §. 3. eod. — (Ulp.) Illud notandum est, quod, et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur; alias autem si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tabulas b. p. repellendus est. Ulpian hatte demnach wahrscheinlich die strengere Ansicht Afrikans (s. §. 85. Note 4.), daß alle instituirten liberi, außer dem in ad. dat, wenn sie die her. ad. vornehmen, auch an die extranei die Legate zu zahlen haben.

jene hat hier sogar so wenig Bedeutung, daß wenn der **in ad. datus** sie auf Befehl seines Adoptivvaters vorgenommen, dann aber erst nach der Emancipation die **c. t.** erbeten hat, nicht dem Vater, sondern ihm selbst das Vermögen erworben wird [7]).

Jetzt erst können wir in einem Gesammtüberblick sämmtliche in der **c. t. b. p.** vereinigten Personen zusammenstellen. Es ist auch in dem Bisherigen zugleich angegeben, welche dieser Personen erst durch spätere Ausdehnungen zu der ursprünglichen **b. p.** hinzugezogen sind. Wir wollen also das Resultat unserer Untersuchungen hier nochmals kurz überblicken.

1. Die ursprüngliche wahre **c. t. b. p.** ist die der Accrescenzerben; eingeführt, um ihnen einestheils den **scripti extranei** gegenüber ein Recht auf die **tota hereditas** zu geben, anderntheils im Fall der Concurrenz mit anderen **liberi** eine natürliche Vertheilung der Erbschaft nach Viriltheilen und mit gleichmäßigen Principien in Beziehung auf die Nebenbestimmungen des Testaments eintreten zu lassen. Diese concurrirenden **liberi** können (da die Exheredationen bestehen bleiben) nur präterirt oder instituirt sein. In jenem Fall haben sie entweder aus eigener Person die wahre **c. t.** oder, wenn es Civilnotherben sind, die nominelle, die in derselben Frist agnoscirt wird, aber freilich dem Wesen nach nichts Anderes als eine Intestatsuccession sein kann. Im Fall der Institution aber haben sämmtliche **liberi sui, emancipati** und **in adoptionem dati** die abgeleitete **c. t.** Beide, die nominelle wie die abgeleitete **b. p.** erklären sich daraus, daß die **c. t.** gegen das ganze Testament gerichtet ist, also auch die gesammte Universalsuccession umfassen muß. Dies sind mithin Theile der **b. p. c. t.**, welche wir uns gleich von Anfang an als bestehend zu denken haben.

2. In der Folge wurde auch den **emancipati** als fingirten **sui** ein selbständiges Recht auf Institution oder Exheredation, also auch im Fall der Präterition eine selbständige

7) Fr. 10. §. 2. eod.

c. t. b. p. gegeben. Es kann wohl nach den obigen Beweisen als sicher angenommen werden, daß diese Hinzuziehung der **emancipati** erst ein späterer Schritt war. Und die historische Anknüpfung ist denn auch in der That so sehr natürlich. Daß nämlich die **emancipati** gleich von Anfang an ebensogut wie die **in adoptionem dati** auf die abgeleitete c. t. Anspruch hatten, ist doch wohl nicht füglich zu bezweifeln. Sehr leicht konnte nun ein späterer Prätor darauf kommen, das Recht der Emancipirten noch zu vergrößern, während das der **in adoptionem dati** sehr erklärlicher Weise in den alten Gränzen bestehen blieb. Aber es erscheint jetzt als eine Singularität, während das früher durchaus nicht der Fall gewesen war.

3. Der letzte Schritt, der auf ein Kaiserrescript sich stützt, war die Hinzuziehung der instituirten **parentes et liberi**. Zu einer abgeleiteten c. t. sind sie nicht gelangt, sie sollten nur ein mittelbares, dem Vermächtniß ähnliches Recht haben, aber unter dieser Voraussetzung succedirten sie doch in ihren Viriltheil nach den allgemeinen bei der c. t. b. p. für die Auszahlung der Legate geltenden Regeln.

Es ist hiernach wohl am Platze, ein allgemeines Urtheil über das ganze Institut der c. t. abzugeben. Soll aber dies ein unpartheiisches sein, so müssen wir nicht mit einem den heutigen Verhältnissen entnommenen Maaßstabe messen; wir müssen den Werth des Instituts nach damaligen Zeiten, als es entstand, und nach den damaligen Verhältnissen beurtheilen. Für uns ist die c. t. ein völlig unpassendes Institut. Aber es giebt im Gebiete des Rechtes Vieles, was nicht aller Orten und zu allen Zeiten brauchbar, und dennoch uns die größte Achtung abnöthigen und höchst lehrreich sein kann. Dies scheint mir gerade von der c. t. b. p. gesagt werden zu dürfen.

Es war damals, im Anfange der Kaiserzeit, eine Uebergangsperiode. Das Erbrecht war bisher seinem Grundwesen nach vollkommen auf die Agnation gebaut gewesen, und dies wurzelte noch so tief im Rechtsbewußtsein der Römer, daß von ei-

ner Umstoßung gar nicht die Rede sein konnte. Aber es hatten sich schon Elemente festgesetzt, wonach auch die Cognation im Erbrechte zu berücksichtigen war; freilich noch nicht mit Hinwegräumung des Agnationsprincips, aber doch wenigstens als ein zweites selbständiges, gleichberechtigtes Princip. Es ist im vorhergehenden Kapitel hervorgehoben worden, daß die Klasse **unde cognati** nicht so sehr als Wirkung, sondern als Ursache aufzufassen ist, daß die Cognation sich im Römischen Erbrecht festgesetzt hat. Dieß mußte zunächst die Folge haben, daß jedenfalls ein früher bestandenes Agnationsverhältniß dem noch bestehenden nicht nachstehen solle, daß überhaupt auch innerhalb der Agnation die aus alter Zeit stammenden Unterschiede fortan mehr ausgeglichen wurden. Und das hat der Prätor in der **c. t. b. p.** gethan. Es hatte ferner die Cognation, gewiß erst seitdem ein **ordo unde cognati** bestand, auch darin Wurzel gefaßt, daß man den nächsten Cognaten, den **parentes et liberi**, neben dem bisher bloß auf die Agnation basirten formellen Notherbenrecht, ein eigenes materielles Notherbenrecht einräumte. Obgleich durch die Prätorische Cognatenklasse veranlaßt, hatte sich dies doch durch ein anderes Organ, die Centumvirn, zum practischen Recht gestaltet; aber wir haben gesehen, daß der Prätor das auswärts entstandene Rechtsinstitut auch wieder mit seinem eigenen Notherbenrechte organisch zu verbinden verstand [8]).

Noch aber konnte man durchaus nicht sagen, daß die Cognation auch nur gleichberechtigt neben der Agnation stehe. Dahin kam man erst durch das **SC. Orphitianum** und **Tertullianum**, und überhaupt ist es der natürliche Entwicklungsgang, daß wenn zwei Principien, ein altes und ein neues, in Collision und Kampf gerathen, selten am Ende ein ruhiger

8) Diese freiere nicht lediglich auf das Civilrecht, sondern mehr auf eine natürliche Anschauung gestützte Behandlung des Erbrechts spricht sich aus in fr. 7. pr. de bon. damn. (Paul.) — Quum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt etc.

Zuſtand der Gleichberechtigung herauskommt, ſondern das eine ganz ſiegen, das andere ganz untergehen muß. Und ſo iſt auch im Erbrechte das agnatiſche Recht untergegangen.

Jedenfalls aber ſieht man aus dieſen kurzen Andeutungen, daß die c. t. b. p. in einer größeren Rechtsentwickelung auf einer Zwiſchenſtufe entſtanden iſt, auf der man unmöglich bleiben konnte, und daß ſie, zu einer Zeit entſtanden, wo die Agnation noch ſo feſte Wurzeln hatte, unmöglich in einen Rechtszuſtand paſſen kann, wo ganz das Princip der Cognation an die Stelle getreten iſt. Aber dies kann uns nicht hindern, für die Zeit ihrer Einführung das Lob auszuſprechen, daß wir in ihr ein Product ausgezeichneter juriſtiſcher Kunſt vor uns haben. Während die Grundlage des Inſtituts durchaus die Agnation iſt, ſind die cognatiſchen Elemente damit doch ſo fein verwebt worden, das bisher beſtehende Civilrecht iſt dabei, wo es nicht entſchieden corrigirt werden ſollte, ſo geſchickt mit den neuen Prätoriſchen Beſtimmungen ausgeglichen worden, und was die Hauptſache iſt, das ganze Inſtitut iſt ſo durch und durch auf feſte juriſtiſche Principien gebaut, die überall hervorleuchten, — daß der Betrachtende, der Genuß an wiſſenſchaftlicher Schärfe hat, ſich der Freude nicht erwehren kann. Das Inſtitut, welches ein eigenthümlich abgeſchloſſenes Ganzes bildet, iſt in der Blüthe der Jurisprudenz entſtanden und ausgebildet worden, und die Thätigkeit der Römiſchen Juriſten muß hier gewiß nicht bloß in der Commentirung des Gegebenen, ſondern auch in der Ausdenkung und Conſtruction des zu Gebenden geſucht werden.

VI. Das Edictum de conjungendis cum emancipato liberis.

§. 87. Den geſammten Kreis der zur c. t. b. p. gezogenen Perſonen haben wir im Bisherigen bereits kennen gelernt. Es iſt daran noch eine eigenthümliche Verbeſſerung zu knüpfen, welche mit der Zeit ſich als nöthig erwies, und von demſelben Juriſten herrührt, der auch die Herzuziehung der inſtituirten conjunctae personae veranlaßt hatte. Ich meine die nova clausula des Salvius Julianus, oder das edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus.

Es betrifft eine nothwendige Colliſion, in welche, ſeitdem die Emancipirten ſelbſtändig zur c. t. hinzugezogen waren, das Recht derſelben mit dem der Accrescenzerben gerathen mußte. Wenn nämlich in der Gewalt befindliche **nepotes** mit einem Emancipirten concurriren, von dem ſie nicht ſelbſt abſtammen, ſo hat freilich die Sache gar keine Schwierigkeit. Unſer Edict aber betrifft den Fall, wie das ſchon in der Titelüberſchrift liegt [1]), daß die **nepotes in potestate** die Kinder des emancipirten Sohnes ſind. Wir müſſen nun, ehe wir den Inhalt der **nova clausula** ſelbſt kennen lernen, unterſuchen, wie die c. t. b. p. vor derſelben geſtaltet geweſen ſei.

Es beſteht bei der c. t. der allgemeine aus dem Civilinteſtaterbrecht hergenommene Satz, daß, wenn in derſelben **stirps** ein Näherer vorhanden iſt, dadurch der Entferntere ausgeſchloſſen wird. Darnach konnte der **nepos**, auch wenn er emancipirt war, ſich nicht auf das den Emancipirten ertheilte Recht berufen, ſo lange ſein in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebener Vater noch vorhanden war [2]). Und ebenſo mußte der **nepos** ausgeſchloſſen ſein, wenn er mit ſeinem Vater emancipirt worden war [3]). Dieſe beiden Fälle konnten von jeher gar kein Bedenken erregen. Wie aber in unſerem Fall, wenn der **nepos in potestate** bleibt, ſein Vater dagegen emancipirt wurde?

Im Anfange, als die c. t. nur den Accrescenzerben gegeben ward, war unzweifelhaft nur der **nepos** der Berufene. Als nun aber die Emancipirten hinzugezogen wurden, trat

1) D. XXXVII. 8. — »liberis ejus.«

2) Fr. 4. §. 1. de b. p. c. t. — Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem vel exheredaverit, et ex eo nepotem omiserit, b. possessioni locus non est, quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt et in sequentibus gradibus. Fr. 1. §. 6. de conjungendis. — Si pater in potestate manens exheredatus vel institutus sit, nepotem ex eo, sive in potestate manentem, sive emancipatum, ad bona avi neque vocari neque vocandum esse, Scaevola ait.

3) Fr. 6. §. 1. de b. p. c. t. — Quodsi et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio nepos non veniet, post mortem autem ejus ad b. p. avi veniet. vergl. auch §. 4. eod.

doch der Vater als selbständig Berechtigter vor seine Kinder, und mußte ihnen also nach der obigen Regel das bisher bestandene Recht der c. t. entziehen. Dies wird auch nicht bezweifelt, indeß ist neuerdings die Ansicht aufgestellt worden [4]), daß der Prätor ihnen wenigstens ihr civiles Accrescenzerbenrecht anerkannt habe. Aber auch dies muß ich läugnen.

Wenn man einmal zugiebt, daß der **nepos** durch seinen Vater von der c. t. b. p. vertrieben war, so muß man ihm auch alles Recht absprechen, denn das civile Accrescenzerbrecht ist nur gegen **scripti heredes** gerichtet. Diese aber waren durch die c. t. des Vaters hinweggeräumt, die **extranei** vollständig, die instituirten **liberi** waren mit in die c. t. hineingezogen. Es fehlten also ganz die Personen, welche das Civilrecht voraussetzt, und statt dessen nun die c. t. b. **possessores** an die Stelle setzen, das würde ja gerade heißen, der Prätor habe innerhalb der c. t. b. p. den Vater den **nepotes** nicht vorgesetzt, was doch aber, wie wir eben sagten, nothwendig geläugnet werden muß. Es war ja auch gar nicht anders möglich, als daß die Enkel vor ihrem Vater zurücktreten mußten. Letzterer wird, indem man ihm die c. t. giebt, als **suus** fingirt, und sobald diese Fiction einmal angenommen war, so trat denn auch von selbst die allgemeine Regel des civilen wie Prätorischen Rechtes ein, daß beim Vorhandensein desselben die ferneren Descendenten seiner **stirps** nicht in Betracht kommen (s. Note 2).

Ueberhaupt scheint mir erst durch die Annahme, daß die **nepotes** bisher vom Vater vollkommen ausgeschlossen wurden, die **nova clausula** des Julian verständlich zu werden. Wenn sie bisher ihr Accrescenzerbrecht geltend machten, so wäre ihnen jetzt dies, oft zu ihrem Nachtheil, entzogen worden, indem sie nur immer die auf den Vater fallende Portion theilen müssen. Wie sollte der Prätor auf diese eigenthümliche Rechtsänderung haben kommen können? Bei der umgekehrten Annahme dagegen ist Alles verständlich. Es war die **nova clausula**, wie es auch die Quellen auffassen, eine reine Begünstigung im Verhältniß zum bisherigen Recht. Man fand es

4) **Foerster** l. c. p. 269.

unbillig, daß der Sohn allein gerufen wurde, und die Enkel ausſchloß (**hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat, et excludat nepotes in potestate manentes**), während man doch zu Gunſten der **nepotes** immer ihr civiles Accrescenzerbrecht anführen und es als Verkehrtheit betrachten konnte, daß dies vom Vater ganz ausgeſchloſſen werde (**neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo**) [5]). So iſt es denn alſo gerade erſt die **nova clausula**, welche ihnen ihr verlorenes Recht wieder herſtellt. Dadurch eben ſollte keine abſolute Veränderung im bisherigen Vertheilungsmodus der **c. t. b. p.** eintreten. Vielmehr werden andere Perſonen als der Vater dadurch gar nicht beeinträchtigt, die Virilportionen werden ganz ſo wie bisher berechnet, und nur von dem auf den Vater fallenden Theil können nun die **nepotes** (gleichſam als von einem **extraneus**) [6]) die Hälfte mittelſt der ihnen jetzt eingeräumten ſelbſtändigen **c. t. b. p.** verlangen. —

Nach dieſen Vorbemerkungen haben wir die einzelnen Sätze der **nova clausula** genauer kennen zu lernen.

1. Der Anſpruch der **nepotes** iſt ein ſelbſtändiger, nicht etwa eine abgeleitete **c. t. b. p.**, oder ein den inſtituirten **conj. pers.** ähnliches Recht, oder gar bloß eine gegen den Vater gerichtete Klage. Es iſt eine aus eigener Perſon erbetene **c. t. b. p.**, aber freilich dadurch von der des Vaters abhängig, daß ihr Gegenſtand ſtets die Hälfte deſſen beträgt, was der Vater durch ſeine **c. t. b. p.** nach dem bisherigem Rechte allein erhielt. Bekam alſo der Vater bisher die ganze

5) **Fr. 1. §. 1. de conjung.**

6) Das Vorbild, daß man den **nepotes** ein Recht auf die Hälfte der Portion einräumte, war gewiß ihr civiles Accrescenzerbrecht. Sie können dies gegen andere **c. t. b. possessores** nicht geltend machen, weil dieſen gegenüber ihnen ihr eigener Vater als Haupt der **stirps** entgegen ſteht. Aber mit dem Vater ſelbſt ſollen ſie als wie mit einem **scriptus extraneus** theilen. Freilich aber iſt es nichts als ein Vorbild, damit nicht ferner die **nepotes jure potestatis objiciantur patri suo**. Dagegen kann man die **nova clausula** nicht als directe Wiederherſtellung des civilen Accrescenzerbrechts auffaſſen, denn der Vater iſt ja kein **scriptus heres**, wenigſtens iſt dies nicht die nothwendige und regelmäßige Vorausſetzung.

Erbschaft, so gewannen die **nepotes** allerdings soviel, wie durch das alte Accrescenzerbrecht. Erhielt er, wegen der Concurrenz mit anderen **liberi** nur eine Portion, so erscheinen die **nepotes** jetzt gleichsam als **conjuncti** auf diesen Theil, den andern **liberi** können sie nichts entziehen [7]).

2. Die regelmäßige Voraussetzung des Edicts ist, daß beide, Sohn und Enkel, ihr Recht neben einander durch c. t. b. p. geltend machen. Es ist von Interesse zu sehen, wie der Prätor dies Nebeneinanderstehen Beider darstellt. Wir besitzen nämlich, wie wohl ganz unbedenklich angenommen werden kann [8]), im **fr. 1. pr. de conjungendis** die unverstümmelten Edictsworte, nur daß Ulpian die erste Person in die dritte, ebenso wie in **fr. 1. pr. de Carb. ed.**, umgesetzt hat:

> **Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque quos in ejusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio ejus partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate mansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi ejus, hisque duntaxat bona sua conferat.**

Der Prätor hebt es ausdrücklich hervor, daß der Gegengenstand dieser **b. p.** (es wird stillschweigend hinzugedacht: **contra tabulas**) die **pars** ist, welche der Sohn, wenn er wirklich in der Gewalt geblieben wäre, allein erhalten haben würde, und die er auch bisher in Folge der fingirten Suität in der That erhielt, trotz dem daß die **hereditas suo nomine ad nepotes pertinebat**. Eben diese Ungerechtigkeit soll ferner nicht mehr statt finden, so daß die **nepotes**, wie Ulpian sagt,

---

7) **Fr. 1. §. 9. de conjung.** Entgegenstehend ist nicht, wie wir gleich sehen werden, §. 3. eod. — Ueber den Fall, wenn auch pronepotes vorhanden sind, s. §. 7. eod. — Ueber ihr Accrescenzrecht s. **fr. 12. pr. de b. p. c. t.**

8) Dies bemerkt auch Förster. — Im §. 1. sagt Ulpian von dem pr. »**hoc edictum aequissimum est.**«

nicht mehr **jure potestatis objiciantur patri suo.** Bei ihnen macht indeß der Prätor die Einschränkung, daß sie nicht die **nota exheredationis** verdient haben dürfen [9]). Indessen ist nicht daran zu denken, daß hierin eine Hinweisung auf die beim Inofficiositäts- und Pflichttheilsrechte geltenden Grundsätze liege. Bei dem formellen civilen und Prätorischen Notherbenrechte ist gar kein Beweis, daß man **immerito** exheredirt sei, zulässig, also wenn der **paterfamilias** die Exheredation angeordnet hat, so erzeugt das eine durch Beweis gar nicht zu elidirende Präsumtion, daß der Testator seine guten Gründe dazu gehabt haben müsse, ebenso wie man umgekehrt annahm, wenn Jemand honorirt worden war, dies sei **ob meritum aliquod** geschehen [10]). Jene Worte **neque notam exheredationis meruerunt** heißen also nichts Anderes, als: „wenn sie nicht exheredirt worden sind" [11]).

Hierin liegt nun, daß der Prätor den **nepotes** in zwei Fällen die **c. t. b. p.** verspricht, nämlich wenn sie *präterirt* und wenn sie *instituirt* sind. Im ersteren Fall haben sie sie aus eigener Person, im zweiten wird ihnen die *abgeleitete* **c. t.** gegeben [12]). Durch letztere können sie ihren Erbtheil allenfalls noch vergrößern, war aber umgekehrt ihr Institutionstheil größer als das nach der **nova clausula** ihnen Zukommende, so mußten sie sich den Abzug der Ueberschüsse gefallen lassen; und dieselben Regeln fanden auch Statt, wenn ihnen bloß ein Legat hinterlassen war, mit dem sie sich zufrieden erklärten [13]).

---

9) Die Exheredation mußte **nominatim** geschehen. Fr. 5. pr. si tab. test. null.

10) Fr. 9—11. pro socio.

11) So haben die Worte in dem bekannten fr. 13. de doli mali exc. (s. meine Historia b. p. sec. tab. p. 62): — Exheredatis liberis, qui nihil ex patris judicio meruerunt — nicht den Sinn: „wenn Kinder aus einer wohlverdienten Ursache exheredirt sind," sondern: „wenn Kinder exheredirt sind, von denen man eben wegen ihrer Exheredation annimmt, daß sie Nichts verdient haben."

12) Außer wenn sie **in adoptionem dati** sind, wo ihnen auch keine graduum successio zu Gute kommt. fr. 13. §. 1. de b. p. c. t.

13) Fr. 18. u. 19. de legat. praest. s. darüber Cujacius ad Africanum. Tract. IV.

3. Wenn es nun der Hauptgrundſatz der **nova clausula** war, die **nepotes** mit dem die **contra t. b. p.** nachſuchenden **filius** zu verbinden, ſo erklärt ſich doch auch ſchon aus dem unter № 1 Geſagten, daß das Recht der **nepotes** nicht daran geknüpft werden konnte, ob ihr Vater die **b. p.** überhaupt agnosciren durfte oder wollte. Das Recht der **nepotes** ſollte ein ſelbſtändiges ſein. War daher auch der Vater exheredirt, ſo können die präterirten Enkel nichtsdeſtoweniger die **c. t.** nachſuchen, denn der **exheredatus** gilt hier **pro mortuo** [14]). Und ebenſo mußten ſie auch ihren Theil fordern dürfen, wenn ihr Vater inſtituirt war [15]), woraus es ſich denn von ſelbſt erklärt, daß ſie dann nicht die Hälfte deſſen fordern können, worein der Vater inſtituirt iſt, ſondern deſſen, was er erlangt hätte, wenn er ſelbſt die **c. t. b. p.** agnosciren dürfte.

Fr. 1. §. 3. de conjung. — Filio in potestate ex besse, emancipato ex triente herede instituto, Julianus ait, nepotem praeteritum petita contra tabu-

---

14) **Fr. 25. pr. de legat. praest. fr. 1. §. 4. u. 5. de conjung.** — Si pater emancipatus exheredatus sit, nepotibus ex eo praeteritis, qui erant in potestate retenti, admittuntur; absurdum enim est, quum patri praeterito jungantur, instituto vel exheredato non admitti. — Sed et si patruus eorum, qui erant in potestate, sit praeteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti (d. h. auch wenn ſie inſtituirt ſind, erhalten ſie die abgeleitete c. t.); nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur. Die Frage iſt, ob nun die nepotes den ganzen Erbtheil bekommen, oder ob trotz der Exheredation des Sohns nur die Hälfte? Gerade weil dieſer pro mortuo galt, ſcheint mir Erſteres das Richtige, und das findet darin Unterſtützung, daß doch die nepotes, ehe die Emancipirten zur c. t. admittirt wurden, den vollen Anſpruch auf die c. t., als Accrescenzerben, gehabt hatten. So konnte ſich, als man nun den emancipatus ihnen vorgezogen hatte, vielleicht auch ſchon vor der nova clausula, dieſer merkwürdige Satz bilden, daß im Fall der Exheredation der Sohn als nicht vorhanden anzuſehen ſei, und mithin ihrem Recht auf die c. t. als wahren Accrescenzerben nicht entgegenſtehe. ſ. auch noch fr. 1. §. 8. de b. p. c. t.

15) **Fr. 13. §. 2. de b. p. c. t.**

las bonorum possessione patruo sextantem, patri unciam ablaturum.

4. Rücksichtlich der weiteren Sätze dieses Institutes, namentlich das eigenthümliche Collationsrecht und die Verpflichtung zur Prästirung der Legate, verweise ich auf die deutliche Darstellung der Quellen in **fr. 1. §. 13.** bis zu Ende des Titels **de conjungendis cum emancipato liberis.**

VII. Die Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p.

§. 88. Alles Notherbenrecht zerfällt stets in zwei Fragen, erstlich wie die berechtigten Personen, die Notherben, zu berücksichtigen sind, und zweitens was die Wirkung ihrer Nichtberücksichtigung ist. Nach der ersten dieser beiden Fragen, (also nach den Ursachen) zerfällt das gesammte Notherbenrecht in zwei Haupttheile, das materielle, wonach die Berücksichtigungspflicht in der Hinterlassung eines materiellen Vermögensstückes (Pflichttheil) besteht, und das formelle, wonach dem Erblasser nur eine formelle Erwähnung des Notherben in Bezug auf die directe Universalsuccession, also entweder die Institution oder Exheredation obliegt. Bekanntlich gehören das alt-civile und das Prätorische Notherbenrecht in diese letztere Klasse, und wenn ich nun von der c. t. b. p. hier eine Darstellung hätte geben wollen, wie sie in einem Lehrbuche zu liefern ist, so würde die Frage von den formellen Berücksichtigungsvorschriften des Prätors gleich den ersten Platz in diesem Kapitel haben einnehmen müssen. Der Zweck unserer Untersuchung aber, und die bisherigen Beweisführungen werden es rechtfertigen, daß ich einen anderen Gang nehmen, und die Darstellung der zur c. t. berechtigten Personen gleich mit der Untersuchung über die Wirkungen ihres Notherbenrechtes verweben mußte. Nur nebenbei war bereits Einzelnes über die Berücksichtigungsvorschriften zu erwähnen. Jetzt aber ist die Frage in ihrer Gesammtheit zu überschauen.

Die c. t. b. p. legt also, wie das Civilrecht, dem Erblasser die Pflicht auf, seine **liberi** entweder zu *instituiren* oder zu *exherediren* [1]); fehlt eins von Beiden, so liegt eine

1) Fr. 3. §. 10. u. 11. fr. 8. pr. de b. p. c. t.

Präterition vor, deren Wirkungen auch an und für sich nicht durch Hinterlassung eines Vermächtnisses verhindert werden können, während allerdings die Annahme eines solchen Vermächtnisses von Seiten der Notherben die Berufung auf seine Präterition ausschließt. (§. 83. Note 6) [2]).

Diese alternative Pflicht der Institution oder Exheredation ist indessen noch genaueren Regeln unterworfen, und zwar von dreierlei Art. Wo sie am vollständigsten besteht, muß die Institution oder Exheredation **nominatim, pure** und für alle Grade angeordnet sein. Die Institution ist natürlich immer eine namentliche. In wie weit die Exheredation nach den Regeln der **c. t. b. p. nominatim** geschehen müsse, ist theils im Obigen bereits besprochen worden, theils können wir auf den genaueren Zusammenhang der Prätorischen Regeln mit denen des Civilrechts erst im folgenden Kapitel eingehen. Es bleiben uns also hier nur die andern beiden Punkte zu untersuchen übrig. Was wir hier gewinnen werden, bestätigt von Neuem unser obiges Resultat, daß die **c. t. b. p.** vorzugsweise ein Recht der Accrescenzerben war, und dadurch ihre Gestaltung erhalten hat, während die Emancipirten nur nebenbei hinzugezogen wurden, und die **filii** und **postumi sui** in das Gebiet der wahren **c. t.** gar nicht gehören.

1. Die bedingten Einsetzungen und Enterbungen. — Betrachten wir zuerst die Institutionen. Was neuerdings darüber gelehrt wird, scheint mir noch keineswegs richtig zu sein. Ich will es in den Worten des neusten Schriftstellers [3]) mittheilen. „In Ansehung der bedingten Erbeinsetzungen, sagt Mühlenbruch, weicht der Prätor von den Grund-

2) Fr. 27. §. 12. ad SC. Trebell. sagt nicht, daß der Präterirte, auch wenn er c. t. b. p. erbitte, (quamvis filius c. t. b. p. accipere possit) den heres zur Antretung der Erbschaft, und zur Restitution des Universalfideicommisses zwingen könne, sondern nur: der heres dürfe die Antretung nicht weigern, aus dem Grunde, weil dem filius die c. t. deferirt sei. Der Jurist setzt stillschweigend dabei voraus, daß, wenn der filius den heres zur Antretung auffordert, ihm damit sein Recht auf die c. t. verloren geht. — s. auch fr. 3. §. 15. de b. p. c. t.

3) Mühlenbruch a. a. O. S. 76. s. auch Bluntschli S. 74.

ſätzen des Civilrechts ab. Die Einſetzung des **suus heres** darf bekanntlich nur unter einer reinen Poteſtativbedingung geſchehen. Die **c. t. b. p.** iſt aber dadurch noch keineswegs begründet, daß der Notherbe unter einer rein zufälligen oder vermiſchten Bedingung eingeſetzt iſt. Da nämlich der eingeſetzte Erbe aus einem ſolchen Teſtamente eine **sec. tab. b. p.** erhalten kann, ſo muß er ſie auch annehmen, wenn er Erbe werden will, wenigſtens ſo lange die Bedingung noch ſchwebt."

Hierin iſt ſowohl die Darſtellung des civilen als des Prätoriſchen Rechtes nicht richtig. Der angegebene Grundſatz des Civilrechts bezieht ſich keineswegs auf alle **sui heredes**, ſondern nur auf den **filius** und die **postumi** [4]), alſo die, welche die nominelle **c. t. b. p.** haben. Der Prätoriſche Satz aber geht nur auf die, welchen die wahre **c. t.** zuſteht, d. h. die Accrescenzerben und in Folge deſſen auch die Emancipirten. Dieſer Prätoriſche Satz iſt aber gar nichts Neues, ſondern lediglich die Anerkennung des für die Accrescenzerben ſchon geltenden Civilrechts. Alſo ſtehen beide Syſteme hier gar nicht einander gegenüber, ſondern ganz friedlich nebeneinander. Dies wird aus Folgendem hervorgehen.

Die Stellen, worin abgeſehen von den **postumi** (ſ. Note 4) die Unzuläſſigkeit einer bedingten Inſtitution erwähnt wird, reden lediglich vom **filius in potestate**. Die Römer bemeſſen dieſe Unzuläſſigkeit danach, ob die Erfüllung der Bedingung völlig in ſeiner Macht lag oder nicht. Die Hinzufügung einer ſolchen Poteſtativbedingung gilt als **pura institutio**, ſobald nur der **filius** ſie auch wirklich vor ſeinem Tode noch hat erfüllen können, denn ſonſt iſt ſie ja für ihn keine rein poteſtative geweſen, und das Teſtament des Vaters wird, wie bei jeder anderen Bedingung, mag ſie caſuell oder unmöglich oder unſittlich ſein, vernichtet [5]). Es wird aber

---

4) Bei den postumi iſt nur die Eigenthümlichkeit, daß, da ſie ja erſt ſpäter erſcheinen, eine ſchon vorher eingetretene Bedingung nicht ſchadet. fr. 22. de lib. et post.

5) Fr. 16. de lib. et post. (African.) — — ipse **filius** intestato patri heres existat, sicut evenire solet, quum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus,

in den angeführten Stellen ausdrücklich bemerkt, daß die Hinzufügung einer nicht potestativen Bedingung das Testament des Vaters infirmirt und die Intestatsuccession eintritt, und es ist nicht daran zu denken, daß der Prätor hievon abgegangen sei. Vielmehr giebt er dem Sohn, wie überhaupt, wenn derselbe präterirt ist, die nominelle sich ganz nach den Grundsätzen des Civilrechts richtende c. t. b. p.

Ganz anders aber ist es bei den Accrescenzerben. Für sie besteht im Civilrecht gerade die umgekehrte Regel, sie können unter einer Bedingung instituirt werden.

> **Fr. 4. pr. de her. inst. — Suus quoque heres sub conditione institui potest, sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest; et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest, de hoc enim inter omnes constat** [5a]).

Also für die **sui**, außer dem **filius**, d. h. die Accrescenzerben, gilt auch eine Einsetzung unter einer casuellen Bedingung. Es ist mithin offenbar schon nach Civilrecht auf den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung zu sehen. Einstweilen gelten sie als **scripti heredes**, und wenn die Bedingung erfüllt wurde, so blieb das auch völlig unverändert. Nur wenn sie wegfiel, so waren sie ja nun nicht instituirt, und es trat ihr Accrescenzerbrecht ein, wonach sie als fingirt **scripti heredes** gelten. Der Prätor führte aber die c. t.

---

priusquam ei pareret moriatur Fr. 15. de cond. inst. — Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si condito non esset in ejus potestate. fr. 28. eod. Alles wird hier also lediglich nach dem Gesichtspunkte beurtheilt, ob die conditio in potestate des filius sei oder nicht, und in letzterem Fall ist der Sohn nicht recht instituirt, wenn auch bei anderen Personen eine solche Bedingung (wie die unmöglichen und unsittlichen) als non scripta angesehen wird. (Uebrigens waren in Bezug auf die potestativen nicht erfüllten Bedingungen die Juristen verschiedener Meinung. fr. 4. pr. de her. inst.)

5a) S. auch fr. 1. §. 8. de suis et legit. — »si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus.«

b. p. zur Verbeſſerung ihres Accrescenzerbrechtes ein, alſo verſtand es ſich von ſelbſt, daß nur wo Letzteres eintrat, auch jene gegeben wurde. Es iſt ganz derſelbe Satz, wenn der Prätor ihnen im Anfang sec. tab. bon. poss. giebt, dieſe aber beim Wegfallen der Bedingung als eine c. t. gelten läßt, deren Friſt ja ſchon abgelaufen war, als die sec. tab. agnoscirt wurde.

Dieſer vom civilen Recht der Accrescenzerben entnommene Satz wurde dann erklärlicher Weiſe ganz unverändert auf die emancipati übertragen, während er, wenn die c. t. für die Emancipirten eingeführt wäre, ſich wohl nie würde gebildet haben. Von dem Emancipirten handeln nun aber, in Folge der l. 4. C. de lib. praeter., lediglich die uns aufbewahrten Pandektenfragmente:

> **Fr. 3. §. 13. de b. p. c. t. — Si sub ea conditione filius emancipatus heres sit institutus, quae in ipsius potestate non est; quia scriptus heres est, b. p. sec. tab. accipere potest et debet, nec c. t. potest; et si forte defecerit conditio, tuendus erit a Praetore in tantum, quantum ferret, si c. t. b. p. accepisset** [6]).

---

6) Fr. 3. §. 12. eod. wird mit Recht von dem Falle erklärt, wenn die Bedingung ſchon vor der Agnition irgend einer b. p. weggefallen war. Mühlenbruch a. a. O. S. 77. Denſelben Sinn haben die Worte in fr. 8. §. 5. eod. — Sed et si defecerit conditio institutionis, adhuc tantundem dicit, praeteritum ab eo gradu filium c. t. b. p. petiturum, d. h. wenn die Bedingung der Inſtitution weggefallen iſt, ſo erſcheint nun der filius als präterirt, und kann die b. p. nachſuchen. — Auch fr. 5. pr. de b. p. sec. tab. erregt keine Schwierigkeiten. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Wenn man das attamen in der Mitte des Satzes hart findet (ſ. übrigens z. B. fr. 17. de inj. rupto. fr. 12. pr. eod.), ſo könnte man auch durch Veränderung des nam in: jam helfen. Danach würde ſo interpungirt werden: utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus, jam si „und nun," ebenſo wie man auch jam ut gebraucht) defecerit conditio. Attamen etc. Dabei ſetze ich freilich voraus, daß: si, und nicht: etsi die richtige Leſart ſei.

Das Reſultat des Geſagten iſt, daß die Regel über bedingte Einſetzungen, welche wir im Prätoriſchen Rechte, aber gar nicht als eine originelle, finden, ſich lediglich auf die Prätoriſchen, nicht aber die civilen Notherben bezieht. Und dem ſteht auch das oft beſprochene fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. durchaus nicht entgegen.

> **Si sub conditione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit, secundum tabulas competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualisqualis conditio sit, etiamsi haec: si navis ex Asia venerit. Et quamvis defecerit conditio, Praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit: quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est.**

Man könnte aus dieſer Stelle folgendermaßen argumentiren: Ulpian ſpreche hier allgemein vom **filius**, alſo vom **suus** ſo gut, wie vom **emancipatus**. Mithin wurde auch Erſterem die b. p. zuerſt **secundum tabulas** gegeben, und dann mit Wegfallen der Bedingung als eine c. t. behandelt, indeß ſei dem **suus** dieſe c. t. nur eine **utilis**, während ſie dem **emancipatus necessaria** ſei. — Aber dieſe Schlußfolgerung, wenn auch an ſich möglich, müßte, um richtig zu ſein, mit den übrigen Ausſprüchen der Quellen übereinſtimmen und daraus bewieſen werden können, oder es müßte dies die einzig denkbare Schlußfolgerung ſein, welche die Stelle zuließe. Keins von Beidem iſt aber der Fall. Erſteres nicht, denn wir haben eben geſehen, daß, wenn der **filius suus** unter einer caſuellen Bedingung eingeſetzt iſt, dies der Präterition gleich, alſo das Teſtament für völlig nichtig gilt und die Inteſtatſucceſſion eintritt. Da wir aber ſo entſchieden wiſſen, daß der Prätor dem präterirten Hausſohn in der nominellen c. t. ſein Civilrecht vollkommen anerkannt habe, und da nicht der geringſte Grund und Beweis vorliegt, hier ſei eine beſondere Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht worden, ſo bleiben wir eben einfach bei der letzteren. Wenn ein Hausſohn unter einer anderen als einer Poteſtativbedingung eingeſetzt iſt, ſo macht er dadurch, wie die Quellen ſo ganz entſchieden und

oft aussprechen, seinen Vater zum **intestatus**, er hat also gleich die **b. p. unde liberi**, und der Prätor kann ihn unmöglich zwingen, einstweilen, so lange die Bedingung noch schwebt, **secundum tabulas** zu agnosciren [7]).

Ferner aber zwingt uns auch unsere Stelle in keiner Weise zu der angegebenen Schlußfolgerung. Es ist gar nicht nöthig anzunehmen, daß zuerst allgemein von allen **filii** die Rede war, und zuletzt nur noch der **emancipatus** besonders hervorgehoben wird. Die Römischen Juristen sprechen sehr häufig von einem **filius**, und erst hinterdrein sieht man, daß sie lediglich einen **emancipatus** im Sinn hatten [8]). So wird auch Julian nur von dem Letzteren gesprochen haben, und wenn dann Ulpian dies am Ende der Stelle noch besonders hervorhebt, so liegt darin allerdings eine Hindeutung auf das entgegengesetzte Recht des **filius suus**, aber in ganz anderer Weise. Die Römer kennen nämlich gar nicht den in neueren Zeiten so beliebten Gegensatz von **b. p. necessaria** und **utilis**. Wenn daher Ulpian hier sagt, die Schützung des **sec. t. b. possessor** als **c. t. b. possessor** sei nothwendig, so heißt das nur, der **emancipatus** würde, wenn das nicht geschähe, auf unbillige Weise von der Erbschaft entfernt werden. Für den **filius suus** ist daraus nur der Rückschluß zu ziehen, bei ihm sei die ganze Sache nicht nöthig, da er andere Wege hat, zur Erbschaft zu gelangen [9]). Es folgt also gar nicht, daß Ulpian den unter

7) Der ganze Grund, auf den sich der Jurist in jenem fr. 3. §. 13. cit. stützt, paßt denn auch in keinerlei Weise auf den Hausſohn: **quia scriptus heres est**, (das Testament ist ja ungültig, also ist er nicht testamentarischer Civilerbe) **b. p. sec. tabulas accipere potest et debet.** (Aus einem von vorn herein ungültigen Testament wird auch keine sec. tab. gegeben, es kann also Niemand dazu nun gar dennoch verpflichtet sein.) Dagegen für Accrescenzerben und Emancipirte paßt Alles vollkommen. Und der Jurist hebt auch ausdrücklich Beide hervor, indem er zu dem §. 13, worin vom **emancipatus** die Rede ist, gleich hinzusetzt §. 14: **Sed etsi nepos sub hujusmodi conditione scriptus sit heres, idem erit dicendum.**

8) Z. B. fr. 2. **de exc. rei jud.** Es erklärt sich dies leicht daraus, daß so häufig die Fragmente aus dem ursprünglichen Zusammenhange gerissen wurden.

9) Ganz ähnlich wie in dem §. 76. erklärten fr. 4. §. 3. **de c. t. b. p**

einer Bedingung eingesetzten **fil. suus** hier als **secundum tab. b. possessor** vorausgesetzte. Da er gleich von vorn herein die **hered. aditio ab intest.** [10]) oder die **b. p. unde liberi** erwählen kann, so bleiben dem gegenüber Ulpians Worte ebenso wahr, wenn er vom **emancipatus** sagt, daß ihm, da er gezwungen ist, die **sec. tab.** zu agnosciren (Note 7.), jener Prätorische Schutz ein nothwendiger sei.

Indessen können wir auch gern zugeben, daß Ulpian sich den **filius suus** als **sec. tab. b. possessor** gedacht habe. Wenn freilich das Testament nach strengem Recht ungültig ist, so war doch kein Bedenken, daß, sobald er sich als testamentarischen Erben ansehen *will*, der Prätor ihn von der **sec. tab.** nicht zurücktreibt [11]). Wir werden nachher sehen, daß den Sohn hiezu ein besonderes Interesse treiben konnte. Jedenfalls besteht der Unterschied, daß der **emancipatus**, so lange die Bedingung schwebt, die **sec. tab.** agnosciren *muß*, während es beim **suus** nur dessen freier Wille ist. Auch unter dieser Voraussetzung passen aber Ulpians Worte vollkommen. Der **suus** gilt dauernd als testamentarischer Erbe, sobald die Bedingung eintritt, fällt sie aber weg, so kann er entschieden noch sein Notherbenrecht geltend machen, auf welches er ja nur zu Gunsten des Testaments verzichtet hatte. Aber nun braucht ihm seine **sec. tab.** nicht als **c. t.** angesehen zu werden, denn er kann unter der **her. aditio** oder **b. p. unde liberi** wählen. Also nur für den **emancipatus**, dem die Frist der **c. t.** verstrichen war, ist jene eigenthümliche **tuitio Praetoris necessaria.**

§. 89. Der hiermit gewonnene Satz, daß man bei der Frage über die bedingten Einsetzungen genau die civilen und Prätorischen Notherben zu scheiden habe, wird nun noch voll-

10) Dies bestätigt entschieden l. 4. C. de instit. et subst. (v. Alexander im Jahr 225.).

11) Läßt doch der Prätor, wenn der fil. suus praeteritus abstinirt, die fremden Eingesetzten zur sec. tab. b. p. (fr. 17. de inj. rupt. — **licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur**), wie viel mehr wird er ihn selbst nicht zurückgewiesen haben.

ſtändig beſtätigt durch ein Fragment, das ſchon im vorigen § beiläufig (Note 6.) erwähnt wurde, aber zu wichtig ſcheint, als daß ich hier nicht noch eine vollſtändigere Interpretation deſſelben geben müßte.

> **Fr. 5. de b. p. sec. tab. (Ulp.) — Si sub conditione heres quis institutus sit, et accepta bonorum possessione secundum tabulas conditio defecerit, interdum evenit ut res possessori concedenda sit,**

d. h. trotz dem, daß mit dem Wegfallen der Bedingung an und für ſich auch die **b. p. deficit**, oder als **non data** erſcheinen müßte, ſo bleibt dennoch das Vermögen beim **b. possessor**, alſo er behält eine **b. p. cum re**;

> **utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus; nam et si defecerit conditio, attamen secundum tabulas bon. possessionem eum accipere Julianus scribit.**

Mag man hier interpungiren wie man will, ſo iſt jedenfalls der Sinn derſelbe, als in dem den Julian ebenfalls citirenden **fr. 2. §. 1. de b. p. s. t.** Es wird dem **emancipatus**, obgleich die Möglichkeit vorhanden iſt, die Bedingung werde deficiren, ſtets eine **sec. tab. b. p.** gegeben, und dieſe iſt immer **cum re**, indem ſie, wenn die Bedingung wegfällt, als eine **c. t.** angeſehen wird. — Aber Ulpian fährt folgendermaßen fort:

> **Sed si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit, et hoc jure utimur.**

Ulpian ſetzt hier dem **filius emancipatus** denjenigen entgegen, welcher nach dem Wegfallen der Bedingung eine **b. p. ab intestato** agnosciren würde. Er kann damit Niemanden anders meinen, als einen **filius** oder **postumus suus**, welche ja ſchon gleich anfangs die Inteſtatſucceſſion, ſobald ſie unter einer nicht-poteſtativen Bedingung eingeſetzt ſind, eröffnen konnten. Wenn ſie ſich auch einſtweilen dieſes Rechtes durch Agnition der **sec. tab. b. p.** begeben haben (aus welchem Grunde, werden wir gleich ſehen), ſo müſſen ſie es doch nun jedenfalls mit dem Wegfallen der Bedingung geltend machen dürfen. Beide alſo, der **filius emancipatus** wie der

filius suus, nimmt Ulpian an, erhalten mit der agnoscirten sec. tab. sogleich eine b. p. cum re (res eis concedenda est), und brauchen keine weitere b. p. mehr zu agnosciren; der emancipatus, weil seine sec. tab. als contra tab. fingirt wird, und er letztere ja gar nicht mehr erbitten kann; der suus, weil er doch gleich die b. p. unde liberi agnosciren würde, und eine solche bloß formelle Wiederholung der Agnition nicht nöthig ist. Da aber die erbetene b. p. jetzt auf ganz anderen Voraussetzungen als auf der testamentarischen Institution ruht, so muß auch das ganze Schicksal der Succession ein anderes werden, als wenn es eine wahre sec. tab. geblieben wäre. Und das erörtert Ulpian im Folgenden:

> **Videndum an legata ab eis debeantur? Et filius quidem, quasi contra tab. b. possessione accepta rem habere videtur, ceteri vero quasi ab intestato.**

Unter dem filius ist offenbar der emancipatus, von dem schon bisher die Rede war, verstanden; und ihm soll, wie ja Ulpian auch in dem oben erörterten fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. sagt, die agnoscirte b. p. als eine c. t. gelten; dagegen unter den ceteri, für welche sie als eine b. p. ab intestato erscheint, müssen nothwendig die verstanden werden, welche Ulpian vorher als ii, qui ab intestato bon. possessores futuri essent, bezeichnet hat, d. h. der filius und die postumi sui. Ulpians Ansicht ist also, daß die, welche wegen ihrer bedingten Institution sogleich Intestaterbfolge hätten eröffnen können, aber doch sec. tab. agnoscirten, nun wenigstens mit dem Wegfallen der Bedingung nach den Regeln der b. p. unde liberi, ohne nochmalige Agnition, succediren. Sie brauchen also gar keine Legate zu bezahlen, während der emancipatus nach den Regeln der c. t. die conjunctae personae befriedigen muß:

> **et ideo liberis parentibusque legata relicta solis praestare cogetur, ceteris non.**

Mir scheint diese Lesart verderbt, da der Zusatz ceteris non gänzlich überflüssig sein würde, indem vorher schon durch solis vollkommen dasselbe gesagt ist. Dagegen fehlt offenbar die Entscheidung, wie in dem dem Emancipatus entgegengesetzten

Falle die Legate zu präſtiren ſeien, während doch der Juriſt unterſuchen will, wie es ſich in beiden Fällen mit den Legaten verhalte (**videndum an legata ab eis debeantur**). Man kann daher wohl ziemlich unbedenklich das **ceteris** in **ceteri** verwandeln, ſo daß nun hier derſelbe Gegenſatz zwiſchen dem **filius** und den **ceteri**, wie im voraufgehenden Satze, hergeſtellt iſt.

Zuletzt folgt nur noch ein Punkt, in welchem der **filius** und die **ceteri** ſich wiederum gleichſtehen; nämlich ein für den Fall der Inteſtatſucceſſion hinterlaſſenes Fideicommiß muß von Beiden in jedem Falle präſtirt werden:

> **Plane ei cui ab intestato fideicommissum relictum est; erit praestandum, quasi videatur hoc ipso fraudatus, quod ex testamento petita sit b. p.**

Die ganze Stelle iſt aus Ulpians Disputationen, es wird alſo ein Fall aus dem Leben gerade über ein ſolches Inteſtatfideicommiß die ganze Erörterung hervorgerufen haben. Ulpian ſchließt nun mit der aus dem Bisherigen ſich von ſelbſt ergebenden Antwort, daß daſſelbe jedenfalls gezahlt werden müſſe. — Zugleich dient uns dieſer Schluß zur Erklärung, aus welchem Grunde ein **filius suus**, wenn er gleich **ab intestato** ſuccediren konnte, es aus eigenem Intereſſe vorzog, die **sec. tab.** zu agnosciren. Er hoffte dadurch dem Inteſtatfideicommiß zu entgehen. Aber Ulpian erklärt ſich um ſo mehr dagegen, weil darin eine **fraus** gegen den Honorirten liege.

§. 90. Soviel von den bedingten Inſtitutionen. Haben wir bei dieſen gefunden, daß der Prätor ſich ganz an die Regeln des Civilrechts angelehnt habe, ſo iſt es ſchon dadurch wahrſcheinlich, daß er es auch bei den Exheredationen ebenſo gemacht haben werde. Gewißheit hiefür läßt ſich freilich aus den Quellen nicht entnehmen, wohl aber doch mancherlei Hindeutungen, und jedenfalls findet ſich durchaus nichts dieſer Annahme Widerſprechendes.

Daß der **filius in potestate**, dem auch die **postumi** wieder gleichſtehen, unter einer Bedingung ebenſowenig exheredirt wie inſtituirt werden kann, verſteht ſich von ſelbſt, und wird

auch durch die Quellen ausdrücklich bestätigt [1]). Wie es aber mit den Accrescenzerben nach Civilrecht stand, wissen wir nicht, und so erhebt sich die Frage, ob bei ihnen die Exheredation ebenso wie die Institution behandelt wurde, oder nicht.

Ich glaube das Letztere, also auch schon nach Civilrecht konnten, scheint mir, die Accrescenzerben nicht unter einer Bedingung exheredirt werden. Aus folgenden Gründen:

Zuerst ergiebt schon das Wesen des Accrescenzerbrechts, daß man die Exheredation der Institution nicht gleichstellen konnte. Es ruht auf der Fiction des Instituirtseins. Deßhalb mußte man, wenn der Accrescenzerbe wirklich, aber unter einer Bedingung, instituirt war, doch nothwendig sagen, daß, so lange nicht die Bedingung wegfalle, er wahrhaft als **institutus** gelte, und erst, wo die Wirklichkeit zusammenfalle, die Fiction an die Stelle treten könne. Dagegen bei einer bedingten Exheredation hätte man entweder sagen müssen, das Accrescenzerbrecht sei noch einstweilen ganz suspendirt, und und trete erst mit dem Wegfallen jener Bedingung ein; oder man mußte es umgekehrt einstweilen gleich gelten dann aber später mit dem Eintreten der Bedingung wieder wegfallen lassen. Der allgemeine Gesichtspunkt aber, daß das Notherbenrecht wo möglich auf das **mortis tempus** zu reduciren ist, führte dazu, daß man das Letztere wählte, also den Accrescenzerben, da er doch nicht entschieden exheredirt war, sogleich als fingirten **scriptus heres** annahm. That man aber dies, so hatte nun die der Exheredation hinzugefügte Bedingung für ihn den Charakter der Resolutivbedingung, der man nach bekannten Grundsätzen keine Wirkung einer späteren Hinwegräumung des Erben zugestehen konnte.

Was hiernach sich schon sehr einfach aus dem Wesen des Accrescenzerbrechtes entwickelte, stimmte vollkommen überein mit einem allgemeinen Princip, welches die Römer entschieden bei den Exheredationen im Gegensatz der Institution befolgten. Es wird uns dies in **fr. 19. de lib. et post.**, wenngleich darin vom **filius exheredatus** die Rede ist, doch als eine offenbar nicht bloß bei diesem befolgte Regel mitgetheilt:

1) Fr. 3. §. 1. de lib. et post.

(Scaevola) in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.

Der allgemeine favor testamentorum führte darauf, daß allerdings der Accrescenzerbe, wenn er instituirt wurde, einstweilen sich, bis die Bedingung wegfalle, lediglich auf die Institution berufen solle. Dagegen Exheredationen sind nicht zu begünstigen, der Testator soll wenigstens klar und ohne Unbestimmtheiten die Ausschließung, die er freilich anordnen darf, aussprechen. Danach mußte eine bedingte Exheredation der völligen Präterition gleich geachtet werden.

Ganz dasselbe Princip aber ist es, worauf wir im Prätorischen Recht die Regel gestützt finden.

Fr. 18. de b. p. c. t. — Sed sub conditione exheredatus c. t. b. p. petet, licet sub conditione heres institutus a c. t. b. p. excludatur [2]), certo enim judicio liberi a parentum successione removendi sunt.

Hiemit ist offenbar ganz dasselbe gesagt, als was Scävola in der vorhergehenden Stelle ausspricht, und so können wir denn auch annehmen, daß der Prätor ebenso wie bei den Ein-

2) Hermogonian will damit nicht sagen, daß ein sub conditione Instituirter gar nicht zur c. t. gelangen könne, denn wenn die Bedingung schon weggefallen war, so konnte jene ja gleich agnoscirt werden, fiel sie aber erst später weg, so wurde die sec. tab. als contra tab. behandelt. — Der Jurist will nur, wie auch in jenem fr. 19. geschieht, die beiden verschiedenen Grundsätze, die also gleichmäßig das civile wie das Prätorische Recht anerkennt, einander gegenüber stellen: daß eine bedingte Institution einstweilen als wahre Institution gilt, während eine bedingte Exheredation überhaupt gar keine Exheredation ist. — Deßhalb ist es auch wohl richtiger, wie Mühlenbruch S. 84. gegen Francke S. 131. bemerkt, daß, wenn die Bedingung auch noch bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten war, die Exheredation dadurch nichts an Kraft gewann. Es kommt nicht auf den Effect an, sondern der Grund ist die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung, die der Testator sich nicht zu Schulden kommen lassen darf.

setzungen, so auch bei den bedingten Enterbungen seine Grundsätze unverändert aus dem civilen Rechte der Accrescenzerben geschöpft habe.

§. 91. — 2. Die Berücksichtigung der Notherben in allen Graden. Wenn der Testator in seinem Testamente mehre Grade hintereinander gestellt hat, so muß nach einem bekannten Satze des Civilrechts, den auch der Prätor entschieden befolgt [1]), der Notherbe in jedem derselben gehörig berücksichtigt, also entweder instituirt oder exheredirt werden. Daher kommt es bei der **c. t. b. p.** immer darauf an, aus welchem Grade die testamentarische Erbschaft deferirt werde, indem es nach der in diesem enthaltenen oder nicht enthaltenen Präterition sich richtet, ob die **c. t.** begründet sei oder nicht.

Dies ist aber doch nicht ganz so einfach, wie es auf den ersten Blick scheint. Wir wollen zuerst sehen, was aus den bisher nachgewiesenen Principien der **c. t.** mit Consequenz folgt, wir werden aber alsdann finden, daß dies auch durch die Aussprüche der Quellen vollkommen bestätigt wird.

Die **c. t.** setzt ein gültiges Testament voraus. Dies heißt aber nicht bloß soviel, daß kein Mangel der **testamenti factio**, kein Formfehler, keine spätere **cap. dim.** des Testators oder Errichtung eines neuen Testamentes vorliegen dürfe. Durch die Nichtantretung von Seiten des **scriptus heres** wird das Testament ebenfalls ungültig, also giebt es dann auch keine **c. t. b. p.** gegen dasselbe. Ich habe nun die Bedeutung der **her.-aditio** des **scriptus (extraneus)** für die **c. t.** oben schon untersucht (§. 83. am Ende); es ist durchaus nicht nöthig, daß sie schon vorliege, aber sie muß möglich sein, ist aber, so lange diese Möglichkeit vorlag, die **c. t.** einmal agnoscirt, so kommt es nun auf die wirkliche Vornahme derselben gar nicht mehr an, einerlei, ob die **heredes** nicht weiter antreten wollten, oder auch sogar nicht konnten.

Wenden wir diese Sätze auf ein Testament an, welches mehre Grade enthält, deren jeder ja gewissermaßen ein eigenes Testament bildet. Offenbar nämlich muß alles Gesagte nun

1) Fr. 8. §. 1. 3. u. 4. de b. p. c. t.

auch für jeden einzelnen Grad gelten, und mithin wäre es keineswegs genügend, wenn wir sagen wollten, es gehöre zur Agnition der c. t., daß der Notherbe von dem fraglichen Grade, dem kein früherer mehr entgegensteht, präterirt sei. Wir haben noch das zweite Erforderniß hinzuzufügen, und es im vollen Sinn der Worte zu verstehen, daß aus diesem Grade den Instituirten wirklich die hereditas deferirt sein müsse, oder was dasselbe sagen will [2]), daß die Möglichkeit der Acquisition von Seiten des scriptus vorliege. Und zwar ist hiefür auf die Zeit zu sehen, wo nach allgemeinen Regeln die Delation geschieht, also beim ersten Grade das mortis tempus, bei den folgenden das Wegfallen des vorher berufenen Grades.

Wenn daher zu dieser Zeit die zu berufenden Eingesetzten nicht mehr vorhanden sind, so kann keine c. t. erbeten werden, denn es ist auch die testamentarische Succession unmöglich. Dagegen wenn sie zur Delationszeit, also beim ersten Grade mortis tempore, existirten [3]), so wird dadurch die c. t., die ja nicht gegen die Person der heredes, sondern contra ipsum testamentum oder contra lignum gerichtet ist, vollkommen begründet, und es kommt auf den späteren Tod, oder sonstiges Nichtkönnen oder Nichtwollen nicht weiter an. Die c. t. hat einmal Boden gefaßt, und damit die testamentarische Succession aus dem Wege geräumt. Dies bestätigt nun auch vollkommen:

> Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. (Ulp.). — A primo gradu praeteritus est filius, a secundo exheredatus; si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est, c. t. b. p. praeteritum petere non posse; hereditas enim in secundo gradu versatur, non in primo, ex quo neque adiri hereditas, neque bonorum possessio peti potest. Sed si post mortem testatoris de-

2) Fr. 151. de V. S. — Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

3) Natürlich auch unter der ferneren Voraussetzung, daß das Testament oder der einzelne Grad nicht aus anderen Gründen nichtig ist.

cesserint heredes scripti, idem Marcellus putat, c. t. b. p. semel natam competere. Sed etsi defecerit conditio institutionis, adhuc tantundem dicit, praeteritum ab eo gradu filium c. t. b. p. petiturum. Idem scribit etsi postumus, qui institutus fuit (man muß annehmen ex asse), non fuerit natus, nam adhuc c. t. b. p. competere Marcellus ait.

Es werden hier drei verschiedene Beispiele (Tod der Instituirten, Wegfallen der Bedingung, Nichterscheinen des Postumus) aufgezählt, daß eine spätere Unmöglichkeit der **her. ad.** eintrat, aber die einmal **nata b. p.** dadurch ebenso wenig, wie durch die Repudiation der **heredes** afficirt wird.

Sobald nun die **c. t.** einmal Platz gegriffen hat, so werden damit natürlich auch alle folgenden Grade removirt, aber an und für sich tritt der **b. possessor** doch nur an die Stelle des einen Grades, gegen den die **b. p.** gerichtet ist; wonach denn auch sich entscheidet, daß er regelmäßig nur die bei diesem Grade an **conjunctae pers.** aufgelegten Legate zu zahlen hat [4]). Also jedenfalls braucht er nicht die Legate aus einem vorhergehenden ungültigen Grade zu prästiren, z. B. wenn die **instituti** des ersten Grades **mortis tempore** nicht mehr leben, wohl aber die des zweiten Grades, so hat der von beiden Graden präterirte **emancipatus** die Legate des zweiten Grades zu zahlen, weil überhaupt seine **c. t.** gegen diesen gerichtet ist [5]).

---

4) **Fr. 10. §. 2. de legat. praest. — Non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum oportet, qui c. t. petit, sed ea sola, quae in eo gradu data sunt, contra quem bon. possessionem accepit.**

5) **Fr. 10. cit. — ait Julianus (si quidem aliquis ex primo gradu vivit, ea legata praestabit, quae liberis et parentibus a primo gradu data sunt); si vero nemo vivit eorum, ea quae a sequenti.** Diese letzten Worte müssen augenscheinlich wohl so, wie im Text angegeben ist, interpretirt werden, obgleich der Zusammenhang der Stelle zuerst auf etwas Anderes führt. Ulpian sagt nämlich vorher, er wolle zeigen, daß zuweilen aus verschiedenen Graden die c. t. erbeten, und die Legate prästirt würden; und nun citirt er den Julian, der, abgesehen von den eingeklammerten Worten, drei Fälle unterscheidet, erstlich, wenn keiner aus dem ersten Grade

Dieſe Legate aber, die auf dem Grade laſten, durch welchen die c. t. begründet iſt, müſſen bezahlt werden, mögen die scripti heredes die her. aditio vornehmen oder unterlaſſen [6]), denn nach Agnition der c. t. kommt es ja auf den Civilerben gar nicht mehr an. Und daraus folgt auch, daß hieran nichts verändert wird, ſelbſt wenn nach Ausſchlagung des erſten Grades, welcher die Urſache der c. t. iſt, die Erben des zweiten Grades die her. ad. vorgenommen haben [7]). Wir können alſo überhaupt ſagen, das Nichtwollen der Antretung von Seiten der scripti heredes verändert an der Verpflichtung zur Legatenzahlung nichts. Anders aber behandelten die Römer das ſpätere Nichtkönnen, alſo ſolche Fälle, wovon in dem eben erörterten fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. drei Beiſpiele angegeben ſind. Wenn gleich in dieſen Fällen die semel nata b. p. an ſich nicht afficirt wird, ſo verändert ſich doch ganz die Legatenzahlung; die ſpätere Unmöglichkeit der Antretung wirkt noch ſoweit ein, daß die auf dieſen Grad gelegten Legate auch an die conjunctae personae ungültig werden, denn was für die Perſon des Eingeſetzten gar keine Möglichkeit der Geltung hat, dazu kann auch der c. t. b. possessor nicht verpflichtet ſein [8]). Dieſe wichtige Einſchränkung der für conj. pers. conſervirten Legate haben wir bei der obigen Darſtellung ihres Rechtes einſtweilen übergehen müſſen (ſ. §. 84. Note 1.); ſie wird uns für zwei von den in fr. 8. §. 5. cit. angeführten Beiſpielen ausdrücklich beſtätigt, nämlich wenn die Inſtituirten ſpäter geſtorben ſind, und wenn die

(dies ſind die eben angeführten Worte), zweitens Keiner aus beiden Graden lebt, (dann werden gar keine Legate präſtirt. S. §. 83. Note 13.). Offenbar enthalten nun dieſe beiden Fälle noch gar nicht das, was Ulpian zeigen will. Er führt ſie nur zur Vergleichung mit dem dritten Falle an, der, wie wir gleich ſehen werden (Note 9.), wirklich das enthält, was Ulpian vorher ankündigt.

6) Fr. 11. eod.

7) Fr. 12. eod. (Ulp.) — sive autem omiserint instituti, sive non omiserint, dicendum est, legata quae ab ipsis relicta sunt, praestanda, quamvis secundo gradu instituti, omittentibus iis, adierint hereditatem.

8) Fr. 3. §. 7. de legat. praest. — Ea autem legata sola praestant, qui c. t. b. p. accipiunt, quae utiliter data sunt.

Bedingung ihrer Institution hinwegfällt [9]). Wir können also nicht wohl zweifeln, daß überhaupt alle Fälle der späteren Unmöglichkeit der Antretung hieher gehören, mithin lediglich wenn der **scriptus heres** nicht antreten *wollte*, die Legate an die **conjunctae personae** zu zahlen sind, und zu Letzterem rechneten die Römer auch den Fall, wenn der **heres** nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt war, denn die Nichterfüllung derselben steht offenbar dem reinen Nicht-Wollen bei der **pura institutio** ganz gleich [10]).

Diese Scheidung des Nichtkönnens und Nichtwollens scheint mir unverkennbar eine ganz allgemeine Regel für die Zahlung der Legate an die **conjunctae personae**, mag nun dem Grade, gegen welchen die **c. t. nata** ist, noch ein anderer folgen oder nicht; denn der juristische Grund derselben ist ja gar nicht das Existiren dieses späteren Grades, sondern lediglich die consequente Folgerung aus dem Wesen der **c. t. b. p.** — Diese setzt ein gültiges Testament voraus. Für den **b. possessor** ist dies freilich nur nöthig zu der Zeit, wo überhaupt sein Recht juristisch begründet wird, also **mortis tempore**. Damit aber die **conjunctae pers.** die Legate, welche sie eigentlich vom **scriptus heres** zu fordern haben, nun auch vom **b. possessor** verlangen können, als von einem an die Stelle des **scriptus heres** Gesetzten [11]), dazu gehört auch noch ferner,

---

9) **Fr. 10. §. 2. in fin. de legat. praest.** — quodsi post mortem testatoris, ante aditam hereditatem *instituti decesserint*, contra ipsos quidem videri petitum (Hal. petitam, d. h. die c. t. ist allerdings gegen diesen Grad semel nata, und es kommt auf den späteren Tod der Instituirten nicht weiter an), *veruntamen ab iis relicta legata non esse praestanda*, sed quae a substitutis relicta sunt. — **Fr. 13. eod.** (Tryph.). — Item a substituto legata deberi dicimus, *si institutus conditione defectus esset*, quae in ipsius potestate non fuit.

10) Daß **fr. 13. cit.** (in der vorhergehenden Note) fährt fort: nam si eam, quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, *qui noluit adire hereditatem*, quando nihil habiturus emolumenti conditioni merito non paruerit.

11) Der b. possessor haftet auch sogar mit der utilis actio, wenn die legirte Sache durch den dolus des scriptus heres, der die Erbschaft angetreten hatte, untergegangen war. **fr. 17. de legat. praest.** —

daß nicht ein Grund vorliege, welcher, ohne Dazwischenkunft der c. t. b. p., selbst gegen den Willen des heres die testamentarische Succession zur Unmöglichkeit gemacht haben würde. Die Aufrechthaltung der Legate an conj. pers. ist ja überhaupt nur eine Anomalie gegen die allgemeinen Regeln der c. t., also sollen sie doch dadurch auch kein reines lucrum haben, und die Legate nicht dann fordern können, wenn diese auch sonst wegen Unmöglichkeit der testamentarischen Succession vernichtet sein würden.

Erst so erklärt sich der andere Satz, den die in Note 9. angeführten Stellen auch noch enthalten, nämlich daß, wenn in der That hinter dem die c. t. erzeugenden Grade noch ein Grad vorhanden ist, der b. possessor die diesem letzteren an conjunctae personae aufgelegten Legate zu zahlen hat. Eine vage Billigkeit hat die Römer offenbar nicht zu diesem Resultate geführt, denn diese hätte doch noch viel eher zur Aufrechthaltung der Legate aus dem Grade geleitet, welcher die Ursache der c. t. war. Vielmehr liegt hier lediglich die Fortführung der bisher angegebenen Principien vor.

Wenn nämlich die Erben des Grades, der die c. t. erzeugte, die Erbschaft ausschlagen, und dadurch die civilrechtliche Delation der hereditas an die substituti veranlassen, so kann dies freilich im Rechte der c. t. keine Veränderung hervorrufen, denn die Agnition derselben hat ja die Wirkung, daß es auf die Vornahme oder Unterlassung der her. ad., also auch auf die directe Ausschlagung gar nicht mehr ankommt. Deßhalb sagen auch die Juristen ganz consequent, der b. possessor habe hier die im ersten Grade aufgelegten Legate an conjunctae personae zu zahlen (s. Note 4. 5. u. 6.). Dagegen wenn der institutus aus einem nach dem mortis tempus

---

Uebrigens wird auch bisweilen pietatis respectu das vom b. possessor zu prästirende Legat vollständiger aufgefaßt, als es der scriptus heres anzuerkennen hatte. fr. 46. pr. de usufr. Der Grund, den der Jurist in dieser Stelle nicht anführt, ist, daß sonst der c. t. b. possessor gewissermaßen ein legatum ususfructus erhielte, welches der Verstorbene doch nur der Person des heres zuwenden wollte, und das von einem gegen das Testament Auftretenden nicht ex voluntate defuncti in Anspruch genommen werden darf.

eintretenden Grunde nicht antreten kann, so wird dadurch dieser erste Grad vollkommen nichtig, und wenn dies auch für das Recht des **c. t. b. possessor**, welches **mortis tempore** geboren wird, keinen Einfluß mehr haben kann, so muß es diesen doch auf das Recht der Legatare äußern, denen gegenüber der **c. t. b. possessor** doch nichts, als ausnahmsweise **Vertreter des scriptus heres** ist. Der **institutus** war nun aber aus jenem besonderen Grunde weggefallen. Die **hereditas** wird also an die **substituti** deferirt. Daher kann der **b. possessor** nicht zu den dem **institutus**, sondern dem **substitutus**, welcher jetzt der **scriptus heres** ist, an **conj. pers.** aufgelegten Legate verpflichtet sein. Offenbar müssen wir nun aber auch in Beziehung auf diesen **substitutus** die allgemeinen Regeln anwenden, unter denen überhaupt nur dem **b. possessor** die Prästirung der Legate obliegt, d. h. auch für diesen **substitutus** muß die Möglichkeit der **her. aditio** vorliegen, und darf auch nicht durch einen nach dem **mortis tempus** eingetretenen Hinderungsgrund wieder weggefallen sein. Wogegen es für das Recht des **b. possessor** selbst auf alles dies, sowie auf die Frage, ob er von diesem zweiten Grade ebenfalls **präterirt** sei, durchaus nicht ankommt, denn seine **b. p.** war einmal aus dem ersten Grade **nata**, er hat die Universalsuccession ergriffen, und diese kann ihm nicht wieder genommen werden.

§. 92 Der Hauptsatz des vorigen § ist: die **c. t.** wird durch **zwei Punkte** begründet, erstlich daß der Prätorische Notherbe von dem Grade, dem kein anderer den Notherben ausschließender mehr vorangeht, **präterirt** sei, zweitens daß für die in diesem Grade Instituirten **mortis tempore** oder zu der Zeit, wo der vorhergehende Grad hinwegfällt, die volle **civilrechtliche** Möglichkeit vorhanden sei, die **her. aditio** vorzunehmen. Fehlt daher dies Letztere und es steht z. B. der fragliche Grad zwischen zwei anderen, in denen der Notherbe exheredirt ist, so wird die **hereditas** mit dem Wegfallen des ersten Grades gleich dem dritten deferirt, eine **c. t. b. p.** ist also in aller Weise undenkbar.

Nun aber erhebt sich die Frage, ob das Gesagte, welches

wir eben nur für Prätorische Notherben ausgesprochen haben, lediglich für diese, oder auch für die civilen Notherben gilt, denen die nominelle c. t. b. p. zusteht?

Es ist die allgemein herrschende Ansicht, daß dies zu bejahen sei [1]). Nach Civilrecht steht die Sache nämlich folgendermaßen: Die Nichtigkeit, welche der präterirte **postumus suus** hervorruft, ist eine andere, als beim **filius in potestate.** Wenn ein **postumus** im ersten Grade präterirt, im zweiten aber exheredirt ist, so fällt erst mit dem Erscheinen desselben der erste Grad vollkommen hinweg, es tritt nun aber nicht der zweite Grad, durch welchen der **postumus** ausgeschlossen sein würde, an die Stelle, sondern mit dem ersten Grade sind zugleich auch alle folgenden vernichtet, **quia rumpendo sibi locum facere postumus solet.** — Dagegen der **filius suus jam natus** macht den ersten Grad, von dem er präterirt ist, von Anfang an nichtig, ohne daß dies aber auf den folgenden Grad irgend einen Einfluß äußert, so daß, wenn er in diesem nicht präterirt ist, er vollkommen von der Erbschaft ausgeschlossen wird [2]). Es wird nun heutzutage als unzweifelhaft angenommen, daß, während das Recht der **postumi** unverändert bestehen geblieben sei [3]), das des schon geborenen Hausſohns eine Umänderung durch die c. t. b. p. erfahren habe, indem diese ihm, sobald nur zur Todeszeit erbfähige **scripti heredes** vorhanden waren [4]), zustehe, und so gelange er denn zur Erbschaft, von der ihn das Civilrecht ausschließe.

Sind aber meine bisherigen Beweisführungen richtig, so fällt diese Annahme von selbst mit den übrigen bisher bekämpften Sätzen, indem auch gar nicht besondere Gründe für dieselbe von ihren Vertheidigern angeführt werden [5]). In den

---

1) Foerster l. c. p. 317. Mühlenbruch a. a. O. S. 86. — s. auch oben §. 72. Note 18.

2) Fr. 8. u. 14. pr. de lib. et post. fr. 3. §. 6. fr. 4. u. 5. de inj. rupt.

3) L. 1. C. de post. hered.

4) Diese Einschränkung mußte man wegen fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. nothwendig machen.

5) Mühlenbruch führt nur den an, daß doch aus einem solchen Testamente an sich eine sec. tab. erbeten werden könne, daher also auch

Stellen, woraus wir die Grundsätze des vorigen §. entnommen haben, ist von der wahren **c. t. b. p.** die Rede, was wir daraus sehen, daß die Juristen von der Prästirung der Legate an **conjunctae personae** sprechen, die ja ein Hausſohn nicht anzuerkennen braucht. Also es sind nur Accrescenzerben und Emancipirte, die wir uns unter den **c. t. b. possessores** zu denken haben, und wenn in einzelnen Stellen, wie z. B. dem **fr. 8. §. 5. de b. p. c. t.** kurzweg vom **filius** die Rede ist, so ist doch nicht minder sicher, daß darunter der Jurist nur den **emancipatus** verstanden haben kann, und ohne alle Undeutlichkeit verstehen durfte [6]). Wußte doch ein Jeder, daß die **filii in potestate** ganz **eo jure** vom Prätor gerufen werden, **quo vocantur ex jure civili**, und hatten doch dies die Juristen selbst bei der Erörterung der **c. t.** genügend voraus bemerkt.

Da durch Präterition des Sohns der erste Grad durchaus nichtig war, so ist die **c. t.**, welche **contra lignum**, d. h. gegen ein an sich gültiges Testament geht, die daher die Möglichkeit der **her. aditio** voraussetzt, undenkbar. Der civile Notherbe war nun einmal in Folge der juristischen Consequenz, und in Folge seines an und für sich stärkeren Rechtes, in diesem Falle übler daran, als es die Prätorischen waren; aber ist das gleich ein Grund, anzunehmen, ohne daß irgend eine Andeutung in den Quellen vorliegt, der Prätor habe sich, um ihnen zu helfen, zu einer Inconsequenz, zu einem völligen Widerspruch verleiten lassen, der doch jedenfalls darin liegen würde, indem er ebendasselbe Testament für nichtig, und dennoch für formell gültig erklärt hätte? Und wenn er dies wirklich gethan, wenn er zugegeben hätte, er wolle aus dem nichtigen Grade eine **c. t.** verleihen, muß es nicht als durchaus sinnlos erscheinen, daß er dann noch darauf sähe, ob erb-

---

zur Verdrängung dieses zur sec. tab. Berechtigten die **c. t.** gegeben werden müsse. — Ich glaube nach meinen obigen Ausführungen hiergegen nichts weiter bemerken zu brauchen.

6) Ebenso sprechen auch umgekehrt die Römer vom **filius**, wo sie lediglich den **suus** meinen. Der Zusammenhang ergab das immer klar genug (so z. B. **fr. 8. fr. 14. §. 1. de lib. et post.**).

und antretungsfähige **scripti heredes** vorhanden seien oder nicht (s. Note 4.)? Wegen der Nichtigkeit des Grades kann ja eben keine **her. aditio** statt finden. Was einmal nichtig ist, kann nicht noch nichtiger werden. Wie sollte nun der Prätor dazu gekommen sein, dem Testamente seine Anerkennung zu entziehen, welches, wenn es nicht schon nichtig gewesen wäre, nichtig geworden sein würde, und nur das Testament gelten zu lassen (d. h. die **c. t.** gegen dasselbe gewähren), welches nur aus einem Grunde nichtig war [7])?

Man stößt hier auf Widersprüche, die ich für unauflöslich halte. Und doch ist gar kein Grund, und gar keine Andeutung vorhanden, daß die Römer sich auf diesen dornigten Pfad gewagt hätten, der mir zu etwas mit ihrem juristischen Gefühl so geradezu Unvereinbarem zu führen scheint, daß ein Römischer Jurist nicht einmal den Gedanken wird haben fassen können, hier wäre dem Hausſohn durch **c. t. b. p.** zu helfen.

Lernen wir nun die Aussprüche der Quellen selbst kennen. Von demselben Ulpian, der in **fr. 8. §. 5. de b. p. c. t.** allgemein vom **filius** spricht, aber offenbar nur den **emancipatus** meint, haben wir eine Stelle, die auch wieder vom **filius** spricht, aus der wir aber doch gleich sehen, daß vom Hausſohn die Rede ist.

> **Fr. 3. §. 6. de lib. et post. — Si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius et Julianus putant, peremto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere**

---

7) Der Satz des Civilrechts ist, daß, wenn das Testament als nicht vorhanden betrachtet wird, auch von keiner civilrechtlichen Adition die Rede sein kann. Eine Prätorische Agnition konnte der Prätor nun freilich wohl an die Stelle setzen, und das hat er auch in gewissen Fällen gethan. Aber daß er eine civilrechtliche Adition bei einem civilrechtlich nichtigen Testament angenommen hätte, ist in sich selbst ein directer Widerspruch, und diesen würde er sich in unserem Falle haben zu Schulden kommen lassen. Danach würde er, wenn erbfähige **scripti heredes** vorhanden waren, und aus dem nichtigen Grade antraten, diese auch für wahre civilrechtliche Erben haben ansehen müssen!

unde filius exheredatus est; quae sententia comprobata est.

Man hat sich hier einfach mit der Ausrede beruhigt, Ulpian spreche in dieser Stelle (aus dem Sabinuscommentar) vom Civilrecht, in jenem fr. 8. §. 5. cit. dagegen vom Prätorischen. Aber ich frage, woher wir es rechtfertigen, daß die Römer in so engherziger Weise die Darstellungen der beiden Hauptquellen des Rechts geschieden hätten? Es lassen sich Beispiele in Menge anführen, wo in den Sabinuscommentaren vom Edict, und in den Edictscommentaren vom Civilrecht die Rede ist, und das mußte auch geschehen, da beide Theile ein einziges organisch in einander greifendes Ganzes ausmachen, stets also doch bemerkt werden mußte, was das Prätorische Recht am civilen verändert habe [8]). Und hier sollte Ulpian ausdrücklich die practische Gültigkeit des Civilrechts haben hervorheben können (**quae sententia comprobata est**), wenn auf den **filius in potestate** das Prätorische Recht anwendbar gewesen wäre, wodurch es doch offenbar bewirkt würde, daß das Testament nicht **ab eo gradu, unde filius exheredatus est**, den Anfang nehme, sondern daß auch der vorhergehende Grad aufrecht erhalten werde? Denn es wird doch Niemand läugnen, daß wenn der Prätor wirklich eine c. t. aus dem ersten Grade ertheilte, der civilrechtliche Satz damit practisch antiquirt war, da wohl kein filius es unterlassen haben würde, wenn er überhaupt nicht auf die Erbschaft verzichten wollte, die b. p. zu agnosciren.

Und halten wir doch einmal beide Stellen genauer mit einander zusammen. Es ist nicht der Fall, daß Ulpian im fr. 8. §. 5. cit. bloß vom Prätorischen Rechte rede, er spricht

8) Es läßt sich durchaus nicht nachweisen, daß die Römischen Juristen den Fehler begangen hätten, der heutzutage freilich öfter vorkommt, daß man nämlich Römisches Recht als geltend vorträgt, ohne zu berücksichtigen, wie es durch deutsches modificirt worden sei, und umgekehrt. Und doch stehen wir in Bezug auf die Verarbeitung des recipirten Römischen und des deutschen Rechtes ganz ebenso, wie die Römischen Juristen bei ihrem Dualismus des Prätorischen und Civilrechts.

auch von der hereditas. Er ſagt: hereditas in secundo gradu versatur, aber nicht wegen der Präterition des filius, ſondern nur dann, wenn vor den instituti Niemand in rebus humanis ſei. In unſerem fr. 3. §. 6. aber verſirt die hereditas ſchon von Anfang an, wegen der Präterition des filius, in secundo gradu. Es iſt alſo gar nicht anders möglich, als daß in der erſteren Stelle von einem filius die Rede ſei, deſſen Präterition den Grad nicht umſtößt, d. h. vom emancipatus, während in der letzteren, wie auch das Wort paterfamilias zeigt, nur der filius suus gemeint iſt. —

Was wir hiermit aus einem Fragmente Ulpians bewieſen haben, leuchtet wo möglich noch deutlicher aus einer Stelle des Paulus hervor. Sie iſt aus deſſen Quäſtionen, und der Juriſt behandelt darin einen practiſchen Fall, über den er befragt worden war, und den er nun nebſt dem abgegebenen responsum mittheilt. Es ſcheint mir ſchlechterdings undenkbar, daß er hier den Fragenden lediglich mit den Sätzen des Civilrechts hätte abſpeiſen können, wenn die Prätoriſchen Grundſätze nicht vollkommen damit übereinſtimmend geweſen wären.

> Fr. 43. §. 2. de V. et P. S. — Lucius Titius, quum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios. — Quaesitum est: an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Respondi: eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo quum iidem substituti proponantur, ex testamento eos heredes extitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est.

Paulus hebt noch ſo ausdrücklich hervor, es komme hier gar nichts darauf an, ob der filius das Vermögen erhalte

oder nicht [9]); und so kann also auch keine **c. t. b. p.** ihm zu Gute gekommen sein, denn wenn diese gegen alle juristische Consequenz ihm gegeben worden wäre, so wäre sie doch lediglich aus dem Gesichtspunkte einer anomalen Begünstigung zu erklären, und man würde sie also auch gewiß nicht zugelassen haben, wenn der Sohn schon ohne das als **institutus** das Vermögen erhielt.

VIII. Die Concurrenz der civilen und Prätorischen Notherben.

§. 93. Nachdem wir jetzt die Lehren von den Subjecten, den Wirkungen und den Berücksichtigungsvorschriften der **c. t. b. p.** beendigt haben, können wir zu der Frage übergehen, auf welche wir schon öfter in Voraus verweisen mußten, nämlich wie sich das Zusammentreffen von civilen und Prätorischen Notherben in einem und demselben Erbfalle gestaltet habe. Wir haben bisher nur das Verhältniß des eine *wahre* **c. t.** Agnoscirenden zu den **scripti extranei**, zu den **conjunctae personae**, und zu anderen *Prätorischen* Notherben kennen lernen. Aber damit ist die Stellung der **filii** und **postumi sui** zu der erbetenen **c. t. b. p.** noch nicht beantwortet.

So viel glaube ich oben bei der Entwicklung der nominellen **b. p. c. t.** bereits dargethan zu haben, daß der Prätor ihnen ihr Civilrecht vollkommen anerkannt hat. Aber die Gründe, weßhalb der Prätor dies ihr Civilrecht in eben jene nominelle **c. t.** einkleidete, konnte ich einstweilen nur andeuten, und erst hier lassen sich dieselben vollständig übersehen.

Ich muß, ehe ich zu der Darstellung der einzelnen Fälle übergehe, gleich im Voraus bemerken, daß wir uns hier auf einem Gebiet befinden, wo mehre juristische Principien und außerdem auch noch sehr natürliche Rücksichten der Billigkeit mit einander im Conflict gerathen, weßhalb es denn auch nicht zu

---

9) Fr. 75. de her. inst. (Papin.). — Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus.

verwundern iſt, daß unter den Römiſchen Juriſten ſich bedeutende Meinungsverſchiedenheiten bildeten. Es iſt von beſonderem Interreſſe und Werth, dieſen Controverſen und den für die gegenüberſtehenden Anſichten geltend gemachten Gründen genau nachzuforſchen. Mir ſcheint, daß man hierin heutzutage noch keineswegs in allen Punkten das Richtige getroffen hat.

Die einzelnen Concurrenzfälle werden ſich am Beſten ſo durchgehen laſſen, daß wir das Recht der civilen Notherben zum Grunde legen, alſo die drei Fälle ihrer Inſtitution, Exheredation und Präterition. In jedem derſelben iſt dann damit das Recht des inſtituirten, exheredirten oder präterirten Prätoriſchen Notherben zuſammenzuſtellen.

1. Ein civiler Notherbe iſt inſtituirt.

Wir brauchen uns natürlich nicht weiter auf die beiden Fälle einzulaſſen, wenn neben ihm ein inſtituirter oder exheredirter Prätoriſcher Notherbe ſteht. Es bleibt alſo nur der dritte Fall übrig, wenn eine Präterition des Letzteren vorliegt. Hier tritt nun bekanntermaßen für die civilen Notherben, ebenſo wie bei der Inſtitution eines Prätoriſchen, eine *abgeleitete* **b. p.** aus der Perſon des Präterirten ein [1]). Alle die Gründe, welche nach unſerer obigen Darſtellung der abgeleiteten c. t. zum Grunde liegen, kommen hier nicht minder in Betracht. Indem nämlich der Prätor in der c. t. die Succeſſion ſämmtlicher **liberi** nach gleichen Grundſätzen reguliren will, ſo muß er natürlich zu derſelben auch die zulaſſen, welche im Fall der Präterition die wahre Inteſtatſucceſſion eröffnen würden; denn auf eine dem practiſchen Effecte nach dieſer Inteſtatſucceſſion

1) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. (Ulp.). — Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus juris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent; quippe si *filius*, qui *in potestate* patris est, ex duodecima parte heres scribatur *emancipato* praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. Sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. p. habere potest.

gleichstehende Erbschaftsvertheilung geht ja gerade die c. t. b. p. aus.

Danach mußte denn hier der Prätor es ebenfalls geschehen lassen, wenn der Instituirte sich der abgeleiteten b. p. nicht bedienen, sondern mit seinem Civilrechte, soweit es den Viriltheil nicht überstieg, zufrieden sein wollte, so daß also dann für die verschiedenen Erbquoten eine testamentarische [2]) und eine notherbenrechtliche Successión nicht zu vermeiden war.

Hiebei könnte man nun aber meinen, daß folgender Punkt Schwierigkeiten gemacht habe. Die civilen Notherben sind ja stets **sui heredes**, ihnen fällt daher die **hereditas** immer **ipso jure** zu, und da dies in unserem Falle **ex testamento** geschieht, so scheint dadurch die c. t. b. p. ihnen unmöglich zu werden, so lange sie nicht durch das **beneficium abstinendi** vom testamentarischen Civilerbrecht befreit wurden; denn man kann nicht zugleich testamentarischer Erbe sein und c. t. b. p. erbitten. Dem ist aber nicht so, die Römer erklärten sehr natürlicher Weise das **ipso jure** Erbewerden nicht für genügend um die c. t. auszuschließen, vielmehr forderten sie eine positive Handlung, welche eine Anerkennung des Testaments involvirt. Bei einem **extraneus heres** ist dies die **her. aditio**, bei dem Haussohne mußte, da die Erschaftsantretung schon durch die Rechtsregel mit der Delation zusammenfällt, das factische Immisciren substituirt werden [3]). Lag nun aber diese Einmischung vor, so müssen die Römischen Juristen rücksichtlich der zu zahlenden Legate dieselbe Meinungsverschiedenheit gehegt haben, welche oben §. 85. Note 4. angegeben ist.

---

2) Diese wurde auch dann angenommen, wenn der instituirte civile Notherbe nicht bloß die c. t., sondern auch die testamentarische Successión verschmähte, um ab intestato die Erbschaft zu besitzen. fr. 23. si quis omiss. causa.

3) Fr. 14. pr. in fin. de b. p. c. t. (Afric.). — Quodsi is, qui in potestate est, heres institutus sit, quoniam necessarius heres sit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse b. p., si modo hereditati se non immiscuerit; tunc enim, quia judicium patris comprobasse videtur, in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere.

Wenn dagegen der Hausſohn die abgeleitete c. t. agnoscirte, ſo waren ſie darüber einig, daß er nur den **parentes et liberi** von dem, was er dadurch gewinnt, die Legate zu präſtiren habe. Indeſſen wird dabei in den Quellen noch eine beſondere Frage hervorgehoben, worin wiederum die Juriſten abweichender Anſichten geweſen ſind. Falls nämlich der inſtituirte Hausſohn **impubes** und ihm ein Anderer **in secundum casum** ſubſtituirt war, ſo iſt freilich über die dem Subſtituten anbefohlenen Legate kein Zweifel [4]), rückſichtlich der dem Sohne dagegen aufgelegten und nun vom Subſtituten zu erfüllenden äußern ſich die Quellen verſchieden.

Fr. 5. pr. de legat. praest. (Ulpianus). — Filium quis impuberem heredem scripsit, eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit; deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem; — — quaeritur an mortuo impubere cogatur substitutus ea (legata) praestare. Et siquidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt. — — §. 1. Quodsi impubes ex uncia duntaxat institutus heres fuerit, magis est, semissem usque legata praestiturum etc.

Aus dieſem §. 1. ſehen wir jedenfalls, daß Ulpian meint, der Subſtitut müſſe die vom **impubes** hinterlaſſenen Legate nicht nach dem kleineren Inſtitutionstheile, ſondern nach dem durch die c. t. erlangten Viriltheile zahlen. Wenn er auch nachher beſonders von den dem Subſtituten aufgelegten Legaten ſpricht, ſo kann er doch für die dem Hausſohn aufgelegten unmöglich etwas Anderes meinen. Er ſtellt alſo nur die Unterſcheidung auf, daß der Subſtitut nach dem Viriltheil die ihm ſelbſt anbefohlenen Vermächtniſſe Allen, dagegen die vom **impubes** hinterlaſſenen lediglich den **conj. pers.** zu zahlen habe, ebenſo wie dieſer ſelbſt auch nur hiezu verpflichtet geweſen wäre. Und dies erſcheint auch als die natürlichſte Anſicht. Anders aber und zwar unjuriſtiſcher beurtheilt Scävola den Fall:

Fr. 103. §. 2. de legat. III. — Si filius ex uncia

4) Fr. 34. §. 2. fr. 35. de vulg. et pup. subst. ſ. Francke a. a. O. S. 157 ff.

heres institutus sit, et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus ejus utrum ex uncia legata praestet, an vero ex semisse? Et verius est ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus.

Scävola iſt in ſoweit mit Ulpian gleicher Anſicht, daß der Subſtitut nicht bloß von der **uncia**, ſondern von dem Viriltheil (der Hälfte) die dem **impubes** aufgelegten Legate zu zahlen habe, aber nun unterſcheidet er: von der **uncia** ſoll er wie ein teſtamentariſcher Erbe Allen, vom Ueberreſt dagegen nur den **conj. pers.** ſie präſtiren. Die Gründe, welche ihn leiteten, werden geweſen ſein, daß doch hier dem Inſtituirten ſein Inſtitutionstheil erhalten werde, daß ſogar dieſer **ipso jure** dem Kinde zufalle, alſo müſſe doch der Subſtitut aus deſſen Perſon, ſoweit dieſer Theil reicht, ganz als teſtamentariſcher Erbe betrachtet werden [5]). Aber dieſe Gründe ſind nicht

5) Francke a. a. O. S. 160. tritt dem Cujacius bei, welcher den Widerſtreit zwiſchen Scävola und Ulpian dadurch hinwegzuräumen ſucht, daß er die Stelle des Scävola von Legaten verſteht, welche dem Subſtituten aufgelegt ſind. Dies geſchieht dadurch, daß die Worte habeat et substitutum vor den Satz: et ab eo legata data sint gerückt werden. Allein ich kann mich nicht überzeugen, daß durch dieſe ſchon an und für ſich gewaltſame Aenderung die Stelle weniger Schwierigkeiten darböte. Francke nämlich billigt es mit Recht nicht, daß man nun ohne Weiteres die Schlußworte Et verius est etc. mit Cujacius ſtreiche. Läßt man ſie aber ſtehen, ſo ſcheint es mir viel eher erklärlich, daß Scävola für die dem impubes, als die dem Subſtituten aufgelegten Legate jene Anſicht aufſtellen konnte. Für Letzteres wären doch eigentlich gar keine juriſtiſchen Anhaltspunkte vorhanden, wogegen Erſteres die im Texte angegebenen Gründe für ſich hat, die, wenn auch nicht ſo richtig wie Ulpians Anſicht, doch wie mir ſcheint, ſehr wohl den Scävola bewegen konnten. Wir dürfen uns gar nicht ſo ſehr ſträuben, unter den Römiſchen Juriſten in dieſem Gebiete Meinungsverſchiedenheiten anzunehmen, die ſich auch oft ziemlich weit von den Ergebniſſen juriſtiſcher Conſequenz entfernen. Die folgende Darſtellung wird dies in mehr als einem Beiſpiele zeigen. — Wenn aber Scävola meinte, daß der Subſtitut die dem impubes aufgelegten Legate zur uncia

die richtigeren. Der Institutionstheil wird neben der c. t. b. p. des Bruders nicht eigentlich erhalten, sondern, wenn die abgeleitete c. t. agnoscirt wird, so ist er eben dadurch ganz untergegangen (§. 85. Note 1 a), und die notherbenrechtliche nach Verbreitung über die ganze Erbschaft strebende Succession an die Stelle getreten. Das **ipso jure** Erbewerden des Kindes verändert daran nichts, denn dies hindert, wie auch Scävola annimmt, die Agnition der c. t. nicht, sobald nur nicht das Immisciren schon eingetreten war; wenn aber die c. t. dadurch nicht verhindert wird, so muß man auch die Wirkungen der c. t. anerkennen, und so kommen wir denn zu der Ulpianschen Ansicht zurück, daß **solis liberis parentibusque** die Legate zu prästiren sind. Es ist freilich bei der Concurrenz der **liberi** nicht immer zu vermeiden, daß für verschiedene Personen die Grundsätze verschiedener Successionen anerkannt werden müssen, aber in einer und derselben Person zum Theil eine testamentarische, zum Theil eine notherbenrechtliche Succession gelten zu lassen, macht den Eindruck des Gezwungenen und Unnatürlichen.

Jedenfalls sieht man aber schon aus diesem Beispiele, daß wir uns hier auf einem Felde befinden, wo die Römische Jurisprudenz sehr leicht in Schwankungen und Meinungsverschiedenheiten gerathen konnte. Es ergiebt sich von selbst eine Mehrzahl von Ansichten, auf die man verfallen kann, und für die sämmtlich sich auch Gründe anführen lassen. Dabei greift dann mehr ein individuelles als ein streng juristisches Gefühl ein, welchen Gründen man den Vorzug geben wolle. So scheint mir auch für die Ansicht des Scävola außer den vorher vermutheten juristischen Gründen ein anderer veranlassender Umstand noch wichtiger. Es ist, wie wir dies alsbald noch weiter verfolgen werden, das Streben der Römischen Juristen unverkennbar, in den mancherlei sich hier erhebenden

---

Allen zu zahlen habe, so muß er jedenfalls auch dem **impubes** selbst diese Verpflichtung aufgelegt haben. Ulpian dagegen erkennt für den instituirten Impubes wie überhaupt für alle instituirten **liberi** nur die Legate an die conj. pers. an, und meint nur, wenn er die b. p. nicht agnoscire, so müsse er von seinem Institutionstheile an Alle die Legate zahlen. §. 96. Note 2.

Fragen, bei denen man bisweilen wirklich sehr zweifelhaft sein kann, soviel wie möglich zu Gunsten des Testaments und für die Aufrechthaltung der Legate zu sprechen. Von diesem Billigkeitsgrundsatze aus mußte man dann häufig die juristische Consequenz verlassen. Aber freilich giebt es hierin Stufen und Grade, und von Scävola kann man in dem angegebenen Falle wohl sagen, daß er sich vom juristischen Boden etwas zu weit hat ableiten lassen.

§. 94. — 2. Ein civiler Notherbe ist exheredirt.

Auch bei diesem zweiten Falle ergiebt sich die Antwort von selbst, wenn daneben ein Prätorischer Notherbe instituirt oder ebenfalls exheredirt ist. Wie aber, wenn Letzterer präterirt war, also die **c. t. b. p.** erhielt?

Hievon handelt das lange und wegen seiner umständlichen Argumentation sehr lesenswerthe **fr. 20. de b. p. c. t.** von Tryphonin. Da diese Stelle an sich vollkommen deutlich ist, so will ich nur ihren Inhalt und dessen Gründe hier referiren.

Wir haben in der bisherigen Darstellung schon nach den verschiedensten Richtungen hin die Bedeutung kennen lernen, welche der **her. aditio des scriptus heres** bei der **c. t. b. p.** beizulegen ist. Hier begegnen wir derselben nochmals. Es fragt sich nämlich, auf welche Weise der exheredirte Hausſohn neben dem präterirten **emancipatus** zur Erbschaft gelangen könne? Mittelst der **c. t. b. p.** ist dies nicht möglich, denn diese läßt ja die Exheredationen bestehen, weßhalb denn auch der Jurist ganz allgemein sagt: **emancipatus autem, petens c. t. b. p., solus habebit bonorum possessionem.** Da also dem Exheredirten der Weg des Prätorischen Rechts ganz verschlossen ist, so bleibt ihm doch nur die Möglichkeit, mittelst des Civilrechts an der Succession Theil zu nehmen. Hier kommt daher Alles darauf an, ob der **scriptus heres** die **her. aditio** vornimmt oder nicht. Im ersteren Fall ist abgesehen von der **querela inoff.** der Hausſohn ausgeschlossen.

Im letzteren Fall dagegen tritt nach Civilrecht die Intestatsuccession ein, die also nur der Hausſohn ganz allein in Anspruch nimmt (**filius ab intestato patri suus heres deprehendetur**), während umgekehrt des Emancipirten **c. t. b.**

p. ebenfalls auf die ganze Erbschaft gerichtet ist. Beide, das Civilrecht und das Prätorische, stehen sich hier also entschieden entgegen, und es ist die Frage, wie diese Collision zu heben sei. — Mir scheint hiebei kaum zweifelhaft, was die eigentliche strenge juristische Consequenz hätte ergeben müssen. Die Römer sprechen es so vielfach und entschieden aus, daß nach einmal agnoscirter c. t. die **her. ad.** des **scriptus** keine Bedeutung mehr für den c. t. b. **possessor** hat. Seine Stellung soll durch dieselbe nicht mehr verschlechtert werden können, und da nun außerdem nach dem Princip der c. t. die Exheredationen bestehen bleiben, so müßte der **exheredatus** völlig ausgeschlossen werden, ohne weitere Berücksichtigung, ob die Erbschaftsantretung vorgenommen werde oder nicht. Tryphonin aber entscheidet nicht so; wir können es ganz dahin gestellt sein lassen, ob dies allgemeine Ansicht der Juristen war, oder ob auch hier (was gar nicht unwahrscheinlich ist) Streit geherrscht hat; jedenfalls ist seine Meinung uns von großem Interesse, weil dies wieder ein Beispiel ist, daß man, auf die Billigkeit gestützt, von der strengen Rechtsconsequenz abging. Der Jurist stellt sich, während man eigentlich die ganze Frage nach den Grundsätzen der den **scriptus** vollkommen hinwegräumenden c. t. b. p. beurtheilen müßte, umgekehrt auf den Standpunkt des Civilrechts. Hiernach ist Intestatsuccession eingetreten, man kann also auch von dem destituirten Testamente nicht lediglich noch die Exheredation aufrecht erhalten wollen. Diese civile Intestatsuccession stellt nun Tryphonin in den Vordergrund, und nimmt damit die erbetene c. t. als removirt an; vielmehr soll diese nur noch die Wirkung haben, daß neben dem **suus**, der nach Civilrecht **heres ex esse** wird, der **emancipatus ab intestato** vom Prätor in der Hälfte der Erbschaft geschützt wird, m. a. W. die auf die ganze Erbschaft agnoscirte c. t. wird zu einer b. p. **unde liberi** auf die Hälfte. Ueber diesen Hauptpunkt, daß die erbetene c. t. nun auf einmal wieder durch die Ausschlagung des **scriptus heres** ihre Kraft verliert, geht der Jurist ohne alle Anführung von Gründen ganz rasch hinweg. Und in der That ist derselbe auch nicht juristisch zu vertheidigen, es stehen ihm die völlig unzweifelhaften Grundprincipien der c. t. durchaus

entgegen, wonach es allgemein anerkannt war, daß die **semel nata b. p.** keine Veränderung erleidet, **sive quis heres exstiterit sive non.**

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Ansicht Tryphonins zu tadeln wäre, auch nur so, wie ich mich im vorigen § über jene Meinung des Scävola äußerte. Es ist offenbar, daß man hier lediglich zur Begünstigung des **exheredatus** von den im Uebrigen völlig anerkannten Grundprincipien der **c. t.** um der Billigkeit willen abging. Die ganze Lehre von der **c. t.** ist uns, wie ich oben §. 86. (am Ende) hervorhob, ein sehr lehrreiches Institut, weil die Römischen Juristen das ganze Gebäude auf so feste Principien zu bauen verstanden; aber sie verstanden es auch, hie und da am rechten Orte von diesen Principien, wo die **aequitas** ein Anderes rieth, abzuweichen, ohne daß damit dem Ganzen ein Schaden geschah. Dies scheint mir sowohl von den folgenden Fragen, die wir noch kennen zu lernen haben, als auch von der uns jetzt beschäftigenden gesagt werden zu müssen. Die Exheredationen waren nicht beliebt, und wenn also auch der Prätor sie im Allgemeinen aufrecht erhielt, so erschien es doch passend, dies nicht anders anzunehmen, als wenn die Enterbung auch nach Civilrecht Gültigkeit hatte [1]). Bei dieser gleichsam restrictiven Interpretation mußte man denn von selbst darauf kommen, den dem **exheredatus** zu gewährenden Schutz an die Ausschlagung des **scriptus heres** zu knüpfen. Und so kam, was Tryphonin auch ausdrücklich hervorhebt, das Resultat heraus, daß dem Instituirten diese seine Ausschlagung ein verkäuflicher Gegenstand wurde, für die er vom **exheredatus**, dessen Erbrecht lediglich davon abhängt, sich bezahlen lassen kann.

Im §. 1. unseres Fragments handelt dann der Jurist von der Collation, was wir, wie überhaupt diese ganze Lehre, übergehen. Dagegen muß ich noch einige Worte über die im §. 2. besprochene Legatenzahlung hinzuzufügen, welche Tryphonin

1) **Fr. 8. pr. de b. p. c. t. — Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad c. t. b. p. admittendos, sicuti nec jure civili testamenta parentum turbant.** Das **sicuti** ist nach Tryphonins Ansicht nicht im Sinn von: **sowie**, sondern von: **soweit** zu verstehen.

im Fall des Zusammenerbens der beiden Brüder annimmt. Auch hier ist von juristischer Consequenz nicht die Rede, denn wenn der Jurist seine eigenen Worte im pr. (**redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem, ab intestato patre emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur**) streng genommen hätte, so verstand sich von selbst, daß von einer Legatenzahlung gar nicht die Rede sein konnte. Nichtsdestoweniger aber soll für seine Hälfte der **emancipatus** die **conjunctae personae** befriedigen, weil er doch einmal die **c. t. b. p.** agnoscirt hatte, und man deren Grundsätze beibehielt, trotz dem, daß die Intestatsuccession eingetreten war, und den **b. possessor** auf die Hälfte herabgesetzt hatte. Also wiederum nichts als Billigkeit gegen die **parentes et liberi**, denen man, auch wo das Recht es nicht consequent gebot, hier wie in vielen Fällen ihre Legate gerne bewahrte. Weiter aber wagte man doch nicht zu gehen, der Hausſohn soll für seine Hälfte ganz unbeschwert bleiben, und so schließt denn der Jurist: **erit ergo melior hoc casu conditio in familia relicti filii, quam foret, si exheredatus non esset,** — was freilich ein ziemlich sonderbares Resultat ist.

§. 95. — 3. Ein civiler Notherbe ist präterirt.

Bei diesem letzten Falle kommen ganz neue Momente der Betrachtung hinzu, wodurch er sich von den vorhergehenden beiden Punkten wesentlich unterscheidet. Im ersteren Fall war das Testament in Folge der Institution des civilen Notherben vollkommen gültig gewesen; im zweiten fand, bei seiner Exheredation, eigentlich ganz dasselbe Statt, also die **c. t.** war gegen das Testament zulässig, aber mittelst einer Anomalie leitete man aus der Nichtantretung des **scriptus heres** die Ungültigkeit des Testamentes ab. Hier in diesem dritten Fall aber stellt sich die Sache noch ganz anders. Das Testament ist wegen Uebergehung des schon geborenen Hausſohns oder der später erschienenen **postumi** nichtig, und dies hat auf die Frage, ob eine **c. t. b. p.** entstehen könne, den entscheidendsten Einfluß.

Hier ist der Punkt, wo wir die Bedeutung und die Grän-

zen der früher schon besprochenen **nominellen c. t. b. p.** erst gehörig ermessen können, von der ich oben bereits hervorhob, daß sie nur im Fall der Concurrenz mit anderen Notherben eigentliche Wichtigkeit hat, so wie denn auch vorherrschend nur in dieser Richtung die Quellen von ihr sprechen. Wenn ein Haussohn oder **postumus**, ohne daß noch andere **liberi** in Betracht kamen, prätertirt war und **b. p.** erbat, so nannte man das auch wohl in übertragener Weise eine **c. t.**, aber das Wesen derselben war, wie nie Jemand bei den Römern bezweifelt hat, das einer **b. p. unde liberi**, unter welchem Namen sie auch gleich von Anfang an agnoscirt werden konnte. Nur in singulärer Weise läßt sich, wie ich oben angab, ein Fall denken, wo die Agnition der **c. t. b. p.** dem civilen Notherben wirklich von Interesse war (§. 74. № 1.). Dagegen wo neben ihm andere Notherben stehen, hat die **nominelle c. t.** wirklich selbstständige juristische Bedeutung erhalten, wie aus dem Folgenden zu ersehen ist. Wir müssen auch hier, wie bei den vorhergehenden Fragen, gleich hervorheben, was die Ergebnisse der streng festgehaltenen juristischen Consequenz gewesen sein würden. Es kann keinen Zweifel leiden, daß danach von einer **c. t. b. p.** nur die Rede gewesen wäre, wenn Prätorische Notherben prätertirt waren; denn die **c. t.** setzt ein gültiges Testament voraus. Waren aber civile Notherben prätertirt, so bietet die dadurch hervorgerufene Nichtigkeit des Testamentes ein an und für sich mit den Grundsätzen der **c. t.** unvereinbares Moment dar. Ebendeßhalb hätte man eigentlich ganz allgemein und ohne alle Unterscheidung sagen müssen, es trete Intestatsuccession ein, an der die noch neben dem prätertirten Haussohn oder **postumus** vorhandenen **liberi**, nach civilem und Prätorischem Rechte (**b. p. unde liberi**) Theil nähmen.

Aber es war nicht rathsam, bei diesen Sätzen ganz starr und unbeweglich stehen zu bleiben. Man ging davon ab. Indessen sind in dieser Hinsicht zwei wesentlich verschiedene Punkte genau zu trennen, welche ich auch schon im §. 74. № 2. kurz angedeutet habe. Sie bilden zwei verschiedene Stufen, von denen die eine um einen Schritt weiter von der civilrechtlichen Consequenz entfernt ist, als die andere. Die Quellen

zeigen uns nicht undeutlich an, daß beide auch hiſtoriſch hintereinander liegen, indem der erſte Schritt ein vom Prätor ſelbſt angeordneter iſt, über den alſo auch gar kein Streit beſtand, während der zweite auf Fortentwicklungen der Römiſchen Jurisprudenz beruht, über welche die Juriſten auch nie recht einig geworden ſind.

a) Wenn in einem Erbfalle nur präterirte Prätoriſche Notherben vorhanden waren, ſo verſtand es ſich von ſelbſt, daß ihnen eine vor die sec. tab. b. p. geſtellte Agnitionsfriſt eingeräumt werden mußte. Dies kann doch nun auch nicht verändert werden, wenn noch neben dem Prätoriſchen civile präterirte Notherben vorhanden waren, da dies ja der Prätor im Voraus noch gar nicht wiſſen konnte. Aber von der anderen Seite iſt es nun wiederum nicht denkbar, daß der Prätor den civilen Notherben gegen den Prätoriſchen hätte zurückſetzen, alſo Erſterem, der **ab intestato** ein Recht auf die **b. p. unde liberi** hatte, einen erſt nach Ablauf der Friſt für die c. t. [1]) beginnenden Agnitionszeitraum anberaumen können. Hätte dann auch etwa gar, nach Agnition der c. t., die b. p. in der folgenden Friſt nach der allgemeinen Regel verſagt werden ſollen? Unmöglich, denn der Prätor will ja unter allen **liberi** eine gleichmäßige Vertheilung eintreten laſſen. Und warum überhaupt den civilen Notherben in eine ſpätere Friſt ſtellen, da doch Beide zuſammen den Erblaſſer beerben ſollen, da man überhaupt die dem Einzelnen zu gebende Portion nur durch vereinte Berufung Aller, die miteinander theilen ſollen, feſtſtellen kann. Was war alſo zu thun? Da man den Prätoriſchen Notherben doch keinenfalls ſein ſelbſtändiges Recht auf die c. t. abläugnen, alſo ihn nicht von dem Recht der civilen Notherben abhängig machen konnte, da man Letztere aber auch Jenem nicht nachſtellen durfte, ſo bleibt gar nichts Anderes übrig, als daß man Alle zuſammen gleich in der erſten Friſt, alſo zur c. t., berief.

Da dies von Anfang an ſich als etwas Nothwendiges darbieten mußte, ſo haben wir uns auch gleich mit der Einfüh-

1) Denn von einer Agnition der sec. tab. konnte, da das Teſtament nichtig iſt, jedenfalls nicht mehr die Rede ſein.

rung der c. t. diese nominelle Zuziehung der civilen Notherben unzertrennlich verbunden zu denken. Und dies beweisen ja auch unsere Quellen, wie oben nachgewiesen ist, so entschieden. Die Accrescenzerben sollen nicht bloß, wenn sie allein sind, ein materiell gleiches Recht erhalten, wie es die **filii** und **postumi**, wenn diese ebenfalls allein sind, haben. Alsdann mußte das Prätorische Edict lediglich von den Accrescenzerben (und dann hinterdrein auch von den **emancipati**) gesprochen haben. So ist es aber nicht, sondern das Edict ruft sämmtliche **liberi**, d. h. eigentlich und anfangs nur die **sui**, aber diese doch insgesammt zur c. t. b. p.; mithin sind darunter auch die civilen Notherben in ihrer Concurrenz mit den Prätorischen einbegriffen.

In dieser Gestalt haben wir uns daher die nominelle c. t. jedenfalls schon von Anfang an zu denken. An und für sich ist dies nur eine formelle Verbindung mit der wahren c. t. der Accrescenzerben, eine Zusammenordnung in dieselbe Agnitionsfrist. Mit ihr ist es daher noch immer vereinbar, daß, wenn die civilen Notherben von ihrem Recht Gebrauch machen, und die nominelle c. t. agnosciren, dann die Ungültigkeit des Testaments auch für die Prätorischen Notherben anzunehmen war, ihre b. p. also ebenfalls den Charakter der **unde liberi** erhielt.

Damit ist aber auch zugleich das Umgekehrte gegeben, und hier finden wir denn schon eine wichtige materielle Bedeutung, welche wir der nominellen b. p. c. t. gleich anfangs nicht absprechen können. Indem nämlich der Prätor Beide, die civilen und Prätorischen Notherben, als selbständig Berechtigte, in derselben Frist vereinigt, und nicht die Letzteren vom Rechte der Ersteren gänzlich abhängig machen kann, so liegt darin, daß wenn nun der civile Notherbe weder durch Agnition der nominellen c. t. noch durch **her. ad.** sein Recht geltend macht, für den Prätorischen Notherben durchaus die wahre c. t. b. p. eintritt. Denn wäre dies nicht der Fall, ließe der Prätor, auch wenn der präterirte Hausſohn abstinirt, für den präterirten Accrescenzerben die reine Intestatsuccession eintreten, so hieße das ja, das Recht des Letzteren von dem des Ersteren ganz abhängig machen; oder mit anderen Worten, es

hätte in dieſem Fall gar keine Friſt der c. t. geben können. Nach Civilrecht war freilich das Teſtament nichtig, aber es iſt doch ſehr erklärlich, daß hier, wo der civile Notherbe ſelbſt ſein Recht aufgab, der Prätor nun auch dem Prätoriſchen N. E. nicht erlaubte, dies aufgegebene Recht einer anderen Perſon zu benutzen, ſondern ihn lediglich auf das in eigener Perſon begründete Recht beſchränkte. Darin liegt allerdings, daß er in dieſem Punkte das Civilrecht entſchieden verläßt, und, indem er das ungültige Teſtament für Prätoriſch gültig erklärt, dadurch einen Boden gewinnt, auf dem die wahre c. t. des Prätoriſchen Erben ruhen kann.

Was wir hiemit ſchon aus der formellen Zuſammenordnung der nominellen und wahren c. t. bewieſen haben, wird nun auch durch einen ausdrücklichen Quellenausſpruch beſtätigt:

> **Fr. 17. de inj. rupto. (Pap.). — Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit; quodsi se bonis patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.**

Papinian hat hier wahrſcheinlich inſtituirte Brüder des Präterirten vor Augen, aber dadurch verliert die Stelle nichts von ihrer Beweiskraft. Denn ſie zeigt doch jedenfalls, daß dieſe Inſtituirten eine sec. tab. erbitten können. Regelmäßig iſt nun die sec. tab. confirmandi jur. civ. gratia, aber hier, wie in einigen anderen Fällen, die wir ſpäter kennen lernen werden, iſt ſie es ausnahmsweiſe nicht. Dies iſt zugleich maaßgebend für die c. t., welche da eintreten kann, wo die Möglichkeit der her. ad. oder der b. p. aus dem Teſtamente vorhanden iſt [2]). Die c. t. ſetzt nur ein nach Prätoriſchen

2) Fr. 8. §. 5. fr. 19. de b. p. c. t. — Die Worte: (testamentum), ex quo neque adiri hereditas neque bon. poss. peti potest. — und: ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas b. p. peti potuit, ſind alſo ſo zu verſtehen: in allen Fällen, wo her. ad. möglich iſt, da iſt es auch die sec. tab., es giebt aber umgekehrt einzelne Fälle, wo Erſtere unmöglich, Letztere möglich iſt; jedenfalls genügt dies zur Begründung der c. t.

Grundsätzen gültiges Testament voraus, und auf die c. t. paßt Papinians Grund ganz ebensogut, wie auf die sec. tabulas. Denn auch bei jener wird Manches von der **voluntas testatoris** aufrecht erhalten, und dies muß also doch ebensogut Gültigkeit behalten, wenn ein Prätorischer Notherbe auftritt, als wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft behalten. —

Das bisher Gesagte ist entschieden *Prätorische* Thätigkeit, und hierüber konnte auch natürlich kein Streit unter den Römischen Juristen sein. Das Uebrige, worin man von den im Anfange dieses § angegebenen Sätzen der juristischen Consequenz **ex bono et aequo** abging, war Gegenstand der Controverse, kann also jedenfalls nicht im Edicte festgestellt worden sein. Hier haben wir daher die Gränze zu machen. Das Bisherige ist die *ursprüngliche* Bedeutung der nominellen c. t. b. p. Wir können es in kurze Worte zusammenfassen:

Indem die civilen Notherben formell mit in die Klasse der c. t. b. p. aufgenommen werden, so verlieren sie dadurch, falls sie auf ihr Recht verzichten, den Einfluß, den ihr verletztes Notherbenrecht nach der **subtilitas juris** auf die concurrirenden Prätorischen Notherben äußert.

Dieser Satz war aber zu verführerisch, als daß nicht die Römischen Juristen auf dem einmal angebahnten Wege des **bonum et aequum** noch weiter fortzuschreiten versucht werden mußten.

b) Der zweite Schritt nämlich, nachdem der Prätor jenen ersten gethan, lag sehr nahe. Der Prätor hatte doch das durch Präterition des Haussohns ungültige Testament nach der **aequitas** für gültig erklärt, sobald der Präterirte auf sein Recht verzichtet. Die Billigkeit rieth, dies auch auf den umgekehrten Fall zu übertragen, wenn er sein Recht, sei es durch die nominelle **b. p.** oder durch **her. aditio**, geltend machte. Einige Römische Juristen haben dies in der That unternommen, und es ist hier gleich im Voraus zu bemerken, was auf diesem Gebiete allgemein anerkannt blieb, was dagegen dem Streite unterworfen wurde.

Von dem durch die juristische Consequenz gebotenen Satze, daß eigentlich die reine Intestatsuccession eintrete, ist man freilich für die Person des civilen Notherben, wenn dieser sein Recht geltend machte, nie abgegangen. Ich glaube dies oben

bereits vollständig bewiesen zu haben. Wohl aber konnte und mußte jener erste Schritt des Prätors sehr leicht Folgendes hervorrufen. Die Einwirkungen des civilen präterirten Notherben auf die Successionsart des präterirten Prätorischen sollen, wenn jener verzichtet, ausgeschlossen sein, warum denn nicht also auch, falls er sich seine Portion in der That durch **her. ad.** oder **b. p.** angeeignet hatte? Schon in der formellen Zusammenstellung der civilen und Prätorischen Notherben in derselben Frist der **c. t. b. p.** liegt, daß der Prätorische nicht aus der Person seines Bruders, sondern aus eigenem selbständigen Rechte gerufen wird. Noch deutlicher sieht man dies im Fall des Verzichtes des Hausſohns. So konnte man denn auch leicht dahin kommen, zu sagen, daß für den präterirten Accrescenzerben und Emancipirten lediglich und für alle Fälle sein eigenes selbständiges Recht auf die wahre **c. t.** in Betracht komme, daß er aus der Person des civilen präterirten Notherben, auch wenn dieser seinen Viriltheil in Anspruch nehme, kein Recht auf die reine Intestatsuccession herleiten solle. Man war schon gewöhnt worden, bei der Succession der **liberi** nebeneinander für verschiedene Portionen verschiedene Delationsgründe (z. B. eine testamentarische und eine notherbenrechtliche) anzuerkennen, und so brauchte man denn auch hier nicht davor zurückzuschrecken, für die eine Virilportion die Grundsätze der Intestatsuccession, für eine andere die der **c. t.** eintreten zu lassen.

Ich habe bisher gesagt: es lag sehr nahe, daß aus jenem ersten Schritt sich dieser zweite entwickelte. Aber was waren die Gründe, daß man es that? Offenbar dieselbe **aequitas**, welche schon den Prätor die **c. t.** aufrecht halten ließ, wenn der Hausſohn abstinirte. Die **c. t.** ist ja im Allgemeinen nach dem Bilde der Intestatsuccession gemacht, also der Prätorische Notherbe erhält in der That den Theil, welchen Letztere ihm gewähren würde. Aber dennoch erhält die **c. t.** Manches vom Testament aufrecht, und namentlich Eins, was lediglich durch die **aequitas** hervorgerufen war, nämlich die Legate an die **conjunctae personae** (§. 84. Note 4.). Die **parentes et liberi** wollte man gern immer noch neben den civilen und Prätorischen Notherben in dem ihnen Hinterlassenen schützen. Frei-

lich hat nie ein Römer daran gedacht, dem civilen Notherben die Legatenzahlung aufzulegen, wohl aber war dies bei dem Prätorischen möglich, sobald man nur bei ihm nicht auf das vom Hausſohn abzuleitende Recht der Inteſtatſucceſſion, ſondern auf ſein eigenes durch ſeine Präterition entſtandenes Recht zur **c. t. b. p.** ſah. Von letzterem Geſichtspunkte aus mußte er nun allerdings von ſeiner Portion die Legate an die **conjunctae pers.** zahlen.

So entſtand, aus Begünſtigung der **parentes et liberi**, dies, man könnte ſagen: „Syſtem der perſönlichen Rechte“. Es ſoll im Fall der Concurrenz von civilen und Prätoriſchen Notherben nicht mehr ein einziges Princip die ganze Succeſſion beherrſchen, ſondern es wird bei jeder einzelnen Portion auf das eigene Recht des dazu Berufenen geſehen. Iſt dies civiles Notherbenrecht, ſo ſuccedirt er für ſeine Quote **ab intestato**, und hat keine Legate zu zahlen. Iſt es ein Prätoriſcher Notherbe, ſo ſuccedirt er nach dem Recht der **c. t.** und hat für ſeine Portion die Legate an **parentes et liberi** anzuerkennen.

Juriſtiſch conſequent iſt das freilich nicht, wohl aber wurde es durch eine natürliche Billigkeit empfohlen; und ſo kommt es, daß auch die römiſchen Juriſten, jenachdem ſie der Conſequenz oder der Billigkeit den Vorzug gaben, über dieſe Frage ſich in zwei Parteien theilten.

Wer die Billigkeit vorwalten ließ, mußte nun auch leicht noch weiter getrieben werden. Wie, wenn der civile Notherbe präterirt, der neben ihm ſtehende Prätoriſche aber inſtituirt iſt? Darüber waren freilich alle Juriſten einig, daß Letzterer jetzt aus der Perſon des Erſteren ſein Recht auf die Succeſſion ableiten mußte. Aber wie leitet er es ab? Die eine Partei, der Conſequenz folgend, mußte ſagen, ihm ſtehe die reine Inteſtatſucceſſion zu, welche die ganze Erbſchaft ergriffen habe. Die andere aber mußte auf das perſönliche Recht des Inſtituirten ſehen. Wäre er nicht inſtituirt, ſondern präterirt, ſo ſollte er ja nur nach dem Recht der **c. t.** auf ſeinen Viriltheil ſuccediren. Unmöglich konnten ſie ihm alſo jetzt im Fall der Inſtitution ein größeres Recht aus der Perſon des Präterirten ableiten laſſen. So kommt jenes merkwürdige Reſultat heraus, das ich ſchon oben hervorhob. Dem Präterirten

erkannte man ſein Inteſtaterbrecht vollkommen zu, aber man nahm an, das **majus** enthalte auch das **minus**, und ein Prätoriſcher Notherbe könne aus dem **majus** für ſich nur das **minus** d. h. die **c. t.** ableiten, da er doch aus eigener Perſon im Fall der Präterition nur höchſtens auf dies Recht Anſpruch habe. Während alſo die eine Partei ganz auf dem Standpunkte des Civilrechts ſtehen blieb, und danach die Inteſtatſucceſſion über die ganze Erbſchaft herrſchen ließ, ſo ſtellten ſich die Gegner vielmehr auf den Standpunkt des Prätoriſchen Rechts, und ließen dieſe die ganze Erbſchaft umfaſſen. Der civile Notherbe hat doch die nominelle **c. t.**, und ſein inſtituirter Bruder ſoll ſich daraus nicht das darin enthaltene civile Element, welches für den präterirten allerdings anerkannt wird, ſondern lediglich das Prätoriſche Schutzmittel ableiten dürfen. Die nominelle **c. t.** ſoll mithin in der Perſon des Inſtituirten nicht die Inteſtatſucceſſion, ſondern die wahre **c. t.** erzeugen, wodurch denn die Aufrechthaltung der Legate bewirkt wird.

Nach dieſer der Billigkeit folgenden Anſicht, die aber nie allgemein anerkannt worden, und von der wir nicht wiſſen, wie weit ſie in die Römiſche Praxis übergegangen iſt, gewinnt die nominelle **c. t.** noch eine ganz andere Bedeutung, als ihre urſprüngliche Geſtalt mit ſich führte. In der älteren Auffaſſung iſt doch immer das Princip des Civilrechts noch vorherrſchend feſtgehalten worden, indem, wenn der civile Notherbe ſein Recht geltend macht, ſtets ausnahmslos die reine Inteſtaterbfolge eintritt. Nach der neueren Auffaſſung vieler Juriſten aber erſcheint die **c. t. b. p.** als vorherrſchend, und das Recht des civilen Notherben für ſeine Quote nur als ein ſinguläres Privilegium, das über dieſe Quote hinaus keine Wirkungen äußert.

Aber es iſt wohl zu bemerken, daß dies doch nur von den beiden bisher erwähnten Fällen gilt, wenn nämlich neben dem präterirten civilen Notherben ein *präterirter* oder *inſtituirter* Prätoriſcher ſtand. War Letzterer dagegen *exheredirt*, ſo gab es gar keine Anknüpfungspunkte, um die Succeſſion unter die Grundſätze der **c. t. b. p.** zu ſtellen, und ſo finden wir denn auch gar keine Andeutung, daß irgend ein Römiſcher Juriſt von dem älteren Principe abzugehen verſucht hätte.

§. 96. Ich habe bisher nur die inneren Gründe entwikkelt, welche die weitere Ausdehnung der ursprünglichen Bedeutung der nominellen c. t. veranlaßte. Wir haben jetzt die Quellenausſprüche ſelbſt kennen zu lernen, in denen uns dies mitgetheilt wird. Die Nachläſſigkeit der Compilatoren, welche die Spuren der Controverſe nicht ganz zu tilgen verſtanden, gewährt uns hier glücklicherweiſe noch die Möglichkeit, einzelne Römiſche Juriſten zu erkennen, die theils bei der anfänglichen Geſtalt der nominellen c. t. ſtehen blieben, theils davon abwichen.

α) Präterition des Prätoriſchen Notherben. Wir müſſen hier das oben ſchon benutzte fr. 15. pr. de legat. praest. von Paulus nochmals, und zwar vollſtändig mittheilen.

> **Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas b. p. petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret; nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, cum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam, quum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? verius est, quod dictum est.**

Aus der Art, wie Paulus die rechtliche Beurtheilung dieſes Falles einleitet (**quidam existimant**), ſollte man glauben, er werde ſich gegen die Anſicht dieſer „**quidam**“ ausſprechen. Aber gerade umgekehrt erklärt er ſie für die richtigere. Es erſcheint ſonderbar, daß er vor der Aeußerung ſeines Einverſtändniſſes, den Fall noch einmal eigens reaſſumirt, da er doch ohne die geringſte Undeutlichkeit bloß ſagen konnte: **quod puto verius esse.** Indeß iſt dies nicht ohne Abſicht geſchehen. Mit den Worten: **quid ergo est, ubi praeteritus sit suus,** will er zugleich den Grund angeben, weßhalb die Meinung der **quidam** die richtigere ſei. „Wie nun, es iſt ja ein **suus**

präterirt (also bekanntlich das Testament nichtig), mithin kann auch keine c. t. b. p. für den noch außerdem präterirten emancipatus statt finden."

Paulus steht also auf der älteren Stufe der nominellen c. t., aber seine Worte beweisen durch ein unumstößliches argumentum a contrario, daß andere Juristen der entgegengesetzten Ansicht waren. — Knüpfen wir hieran gleich den Fall, über den gar kein Streit bei den Römern bestand:

β) Exheredation des Prätorischen Notherben. Hieher gehört fr. 32. de lib. et post. von Marcian [1]):

> **Si filio emancipato, is qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.**

Marcian könnte unmöglich so entschieden sprechen, wenn irgend eine Meinungsverschiedenheit vorgelegen hätte.

γ) Institution des Prätorischen Notherben. Paulus muß, wenn er nicht ganz inconsequent gewesen ist, hier nothwendig auch der älteren Ansicht treu geblieben sein [1a]). Denn sein Grund, daß der emancipatus keine Legate zu zahlen habe, weil dieser ja ganz vom Hausſohn sein Recht ableite, und Letzterer ab intestato succedire, (quia effectu fratris aufert

---

1) S. auch fr. 1. §. 9. si tab. test. null. von Ulpian, der, wie wir gleich sehen werden, im Uebrigen den Standpunkt des Civilrechts verlassen hat. S. oben §. 73.

1a) Zweifel gegen die Consequenz des Paulus erregt freilich jenes fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. (s. §. 76.), worin der interimistische Schutz des institutus vor Geburt des präterirten postumus aus der später zu agnoscirenden c. t. b. p. gerechtfertigt wird. Aber dies beweist doch nicht genug. Freilich nennt er hier das Recht des emancipatus institutus eine c. t. b. p., aber er kann sie auch nur in dem Sinne so genannt haben, wie man sie auch den civilen Notherben selbst zuspricht. Die Frage, nach welchem Rechte der emancipatus succedire, ob er die Legate zahlen müsse (d. h. ob es eine wahre c. t. sei) oder nicht (d. h. ob es nur dem Namen nach eine c. t. wäre), interessirte ihn hier nicht; er brauchte sich also auch nicht genauer auszudrücken. Auch wenn Paulus ganz bei dem im §. 95. unter № a. entwickelten Rechte festhielt, so ist er doch um dieser Ausdrucksweise willen nicht gerade zu tadeln.

partem dimidiam, quum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset) paßt vollkommen auch hier.

Ulpian aber trägt die entgegengesetzte Ansicht vor:

> **Fr. 16. de legat. praest. — Si duo proponantur, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est. Et si ambo petiissent c. t. b. p., is quidem qui in potestate mansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset? Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata.**

Ulpian fragt zuerst, ob wohl die Ansicht der Gegner richtig sei, und es ist wohl zu bemerken, daß er dafür, sogar in den Worten fast ganz übereinstimmend, durchaus den von Paulus angeführten Grund vorbringt (**quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset**). Er hält aber diesen Grund nicht für genügend, und daraus geht hervor, daß Ulpian auch in dem obigen Falle, wenn der **emancipatus** präterirt war, ohne die größte Inconsequenz, mit Paulus nicht übereingestimmt haben kann. Er läugnet den Grund des Paulus nicht, und er kann auch nicht läugnen, daß darin die juristische Consequenz liegt, aber er hält es doch für „**verius**“, daß wenigstens an die **parentes et liberi** die Legate ausgezahlt würden. Offenbar muß er dasselbe also auch im Fall der Präterition des Prätorischen Notherben angenommen haben.

Einen besonderen Grund für diese seine Ansicht giebt er gar nicht an, aber er ist in der Antwort selbst enthalten. Indem er sagt, es seien an die **conjunctae personae** die Legate zu zahlen, so liegt darin ein Doppeltes: der Instituirte soll nach dem Rechte der c. t. succediren, und zwar aus billiger Rücksicht gegen die **parentes et liberi**, denen dadurch ihre Legate bewahrt werden.

Ulpian entscheidet sich aber, wegen der entgegenstehenden Ansicht Anderer, doch nur zweifelnd; er hält es für „richtiger“ (**verius est**), daß der Instituirte aus der Person des Präter-

irten nicht deſſen Civilrecht, ſondern lediglich die abgeleitete c. t. erhalten ſoll. Es fällt nun aber auf, daß, was er hier im zweifelnden Tone ſagt, er im Anfange der Stelle ſchon als etwas Unzweifelhaftes hingeſtellt hat: **apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est.** Das iſt ja eben der Streitgegenſtand, ob der Prätorirte dem Inſtituirten ſein Civilrecht, oder die **b. p. commisso per alium edicto** mittheile, wie kann nun Ulpian dies Letztere mit **apparet** als ganz ausgemacht darſtellen, während er es nachher nur als das „Richtigere“ behandelt?

Indeß iſt dieſer ſcheinbare Widerſpruch leicht zu löſen. Der practiſch wichtigſte Punkt, um den ſich der Streit drehte, war ja nur der, ob die Legate zu zahlen ſeien, oder nicht. Dagegen gaben beide Parteien zu, daß jedenfalls der Inſtituirte durch den Prätorirten zur Succeſſion gelange; und weiter will Ulpian mit jenen Worten **apparet etc.** nichts ſagen. Er kleidet es nur gleich in die Auffaſſung, die er für die richtige hält. Das übertragene Recht ſtellt er gleich als **b. p. commisso per alium edicto** dar, um ſo von ſelbſt auf das Reſultat zu führen, daß die Legate zu bezahlen ſeien. — Paulus würde bei ſeiner entgegengeſetzten Anſicht dieſe Ausdrucksweiſe wohl nicht gebraucht, er würde etwa geſagt haben: **apparet auferre eum posse partem dimidiam,** oder wenn er es geſagt hätte (was ſich nach dem in Note 1a Geſagten als möglich zugeben läßt), ſo wäre es in ganz uneigentlichem Sinne genommen, denn eine wahre **c. t. b. p. commisso per alium edicto** iſt es doch eben nicht, wenn man von einem Inteſtaterben ſein Recht ableitet, und ſelbſt auch keine Legate zu zahlen verpflichtet ſein ſoll. —

Die Meinungsverſchiedenheit zwiſchen Paulus und Ulpian mußte aber, außer der Frage über die Legatenzahlung, ſich doch auch noch auf einen anderen Punkt erſtrecken. Wenn man mit Paulus ſich das Ganze als Inteſtatſucceſſion denkt, ſo muß man für den concurrirenden Prätoriſchen Notherben rückſichtlich der Art, wie er ſein Recht erwirbt, unterſcheiden, ob es ein Accrescenzerbe oder ein Emancipirter iſt. Erſterem muß man die Möglichkeit zugeſtehen, ſeinen Theil an der Inteſtatſucceſſion auch lediglich nach Civilrecht zu erwerben; wo-

gegen allerdings der Letztere nur durch Agnition der b. p. zur Succession gelangt, die, wenn sie auch nominell als c. t. erbeten ist, doch den Charakter der unde liberi hat. Für Beide aber muß man die Möglichkeit läugnen, daß eine in Bezug auf die testamentarische Einsetzung vorgenommene her. aditio irgend eine Bedeutung haben könne.

Ulpian dagegen mußte auch hier wieder anderer Ansicht sein; und demgemäß fährt er in der angeführten Stelle folgendermaßen fort:

> **Proinde si contra tabulas non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem,** (Ulpian setzt natürlich voraus, daß er nun doch nicht überhaupt verzichtet), **et utique liberis parentibusque legata praestiturum. Sed an et omnibus? dubito, tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet.**

Es ist kein Grund anzunehmen, daß Ulpian die unbeschränkte Legatenzahlung weiter ausgedehnt wissen wollte, als für den Fall, zu dem er eben in diesem Satze übergeht. Auf das Frühere also können wir es nicht als eine Vervollständigung zurückbeziehen. Ulpian meint, wenn der Instituirte die c. t. agnoscirt, so soll er nur an die **conjunctae personae** zahlen [2]). Dagegen wenn er die Agnition unterläßt, und als **scriptus heres** antritt [3]), so sei, wenn gleich es ihm als zweifelhaft erscheint, es doch das Natürlichste, daß er alle Lega-

---

2) In einer anderen Stelle sagt Ulpian dies vom instituirten impubes (und dessen Substituten) ausdrücklich. fr. 5. pr. de legat. praest. Ebenso hat auch die instituirte conjuncta persona, welche die her. ad. unterläßt, und sich mit der Denunciation des b. possessor begnügt, nur an die conjunctae personae nach Ulpians Ausspruch die Legate zu zahlen. s. §. 84. Note 12. — Dies kann ja doch nur analog aus dem abgeleitet sein, was Ulpian für den instituirten Notherben annahm.

3) Diese Antretung ist freilich nur etwas der her. aditio Analoges, denn von einer wahren civilrechtlichen Erbantretung kann doch wahrlich bei einem civilrechtlich ungültigen Testamente nicht die Rede sein. — Man kann übrigens dies nicht zur Unterstützung des im §. 92. Note 7. Widerlegten benutzen, wie ich wohl nicht weiter auszuführen brauche.

tare in Gemäßheit seines Erbtheils befriedige. Er succedire ja doch durchaus in Folge der **voluntas testatoris.**

In der That, wenn wir einmal die Grundvoraussetzung des Ulpian zugeben, daß der Instituirte, trotz der Nichtigkeit des Testaments nicht an der Intestatsuccession Theil nehmen soll, so ist diese Fortführung seiner Ansicht ganz consequent. Und in dieser Hinsicht, aber freilich nur in dieser, steht Ulpian auf gleicher Seite mit African, und wiederum dem Paulus gegenüber (s. §. 85. Note 4.), während im Uebrigen der dort von African und der hier von Ulpian besprochene Fall außerordentlich weit dadurch von einander entfernt stehen, daß jener ein gültiges, dieser aber ein ungültiges Testament voraussetzt. Weßhalb wir denn auch keineswegs hieraus eine Antwort entnehmen dürfen, ob African Ulpians Ansicht gebilligt haben würde. Alle drei Juristen stehen auf ganz verschiedenen Standpunkten, dort bei jener Frage African auf dem der strengen Consequenz, Paulus auf einer den instituirten Erben berücksichtigenden Billigkeit. Hier dagegen bei unserer Frage haftet Paulus umgekehrt am consequenten Recht, während Ulpians Ansicht auf nichts als einer die Legatare begünstigenden Billigkeit ruht, aber nun auch auf dem einmal angenommenen Standpunkte alle daraus sich ergebenden Folgerungen (und zwar mit Recht) anerkennt [4]).

IX. Bedingende und vernichtende Beweise bei der c. t. b. p.

§. 97. Ich habe bei jeder Klasse der **b. p.** stets auch die beiden Fragen untersucht, welche Bedingungen der Prätor für die Ertheilung der einzelnen **bonorum possessiones** aufstellt, und welche Voraussetzungen er an und für sich bei der Agni-

4) Hiernach kann ich der Darstellung nicht beitreten, welche Francke S. 153. und Mühlenbruch Commentar Bd. 37. S. 37. von dieser Controverse geben. Justinians Compilatoren haben hier freilich nicht sehr lobenswerth gearbeitet, daß sie so viele Spuren von verschiedenen Ansichten Römischer Juristen haben stehen lassen. Aber für uns ist dies von keinem Interesse, weil die ganze c. t. b. p. unpraktisch ist, worauf wir noch im vierten Buche zurückkommen werden.

tion ununterſucht läßt, ſo daß nur, wenn ihm bereits das Nichtvorhandenſein dieſer Vorausſetzungen bekannt war, eine Denegation der **b. p.** eintrat, im Uebrigen aber die Vorbringung dahin zielender Behauptungen den intereſſirten Perſonen überlaſſen wurde.

Wir können nicht zweifeln, daß dieſe beiden Punkte auch bei der **c. t. b. p.** zu unterſcheiden ſein werden, und ſo haben wir denn mit der darauf bezüglichen Unterſuchung dieſe Lehre zu ſchließen. Ich erinnere dabei an das Gemeinſame, was ich namentlich bei der **sec. tabulas b. p.** im erſten Bande rückſichtlich unſerer Frage bereits geſagt habe.

Jede Klaſſe der **b. p.** enthält eine größere oder geringere Anzahl von Regeln, denen genügt ſein muß, wenn eine gültige **b. p.** vorhanden ſein ſoll. Wir können ſie insgeſammt die Vorausſetzungen dieſer Klaſſe nennen. Die Römer gebrauchen dafür regelmäßig die Terminologie, daß beim Nichtvorhandenſein derſelben „**b. p. peti non potest**". Nun aber iſt es bei dem ganzen Weſen und Zweck der **b. p.** etwas ſchlechterdings Undenkbares, daß der Prätor nur dann eine **b. p.** aus der fraglichen Klaſſe ertheilt hätte, wenn der Nachſuchende ihm das Vorhandenſein aller dieſer Vorausſetzungen darthat. Ebenſo undenkbar aber iſt auch das Umgekehrte, daß der Prätor jedem, der vor ihm erſchien, die verlangte **b. p.** ſtets ohne Weiteres hätte geben können, alle Fragen, ob der Bittende auch dazu berechtigt war, auf ſpätere etwaige Proceſſe vor den **judices** verſchiebend. Das ganze Syſtem der **b. p.** ſetzt ein ſelbſtthätiges Eingreifen des Prätors zur Regulirung der Erbſchaftsangelegenheit voraus, und damit wäre ein Verfahren, wonach Hunderte von Unberechtigten die **b. p.** hätten erhalten und alſo die Sache verweitläuftigen können, unvereinbar.

Somit war es ganz nothwendig, die bei jeder Klaſſe beſtehenden Vorausſetzungen in Beziehung auf die Art ihrer Conſtatirung nicht alleſammt einander gleichzuſtellen. Das Meiſte allerdings blieb bei der Agnition ununterſucht, (vernichtende Beweiſe) und bewirkte nur, wenn es ſchon bekannt war, die Denegation, wonicht, ſo machte das ſpätere Bekanntwerden die **b. p.** zur **non data**. Einzelnes aber, und zwar ſtets einige beſonders wichtige Punkte, ließ ſich der Prätor vor der

Ertheilung conſtatiren (bedingende Beweiſe). Bei manchen Klaſſen konnten nur dieſe beiden Punkte vorkommen, dagegen haben wir bei der sec. tab. b. p. noch eine Mittelſtufe kennen lernen; es gab dabei manche Fragen, die freilich keinen Beweis von Seiten des Nachſuchenden enthalten, aber doch vor der Ertheilung der b. p. durch directe Unterſuchung des Prätors feſtgeſtellt wurden, ich habe ſie im engeren Sinne die Bedingungen der Agnition genannt.

Alle drei Abſtufungen der im prätoriſchen Recht vorhandenen Vorausſetzungen finden wir auch hier bei der c. t. b. p. wieder. Ich muß aber nochmals die beiden Umſtände hervorheben, welche unſere Unterſuchung in dieſer Frage ſo ſchwierig machen. Es iſt die Allgemeinheit der Römiſchen Terminologie, wonach alle Fälle, mögen ſie dem einen oder dem anderen Gebiete angehören, meiſt ohne Unterſchied mit den Worten: b. p. peti non potest dargeſtellt werden. Ferner aber die freie Stellung des Prätors bei der Handhabung der b. p., wonach für ſehr viele Fälle gar keine feſten Regeln beſtanden haben können. Dennoch glaube ich, daß man wenigſtens im großen Ganzen auch bei der c. t. b. p. zu ziemlicher Sicherheit über die angegebenen drei Klaſſen gelangen kann.

Nach der obigen Darſtellung des ganzen Inſtituts der c. t. ſieht man leicht, daß der Vorausſetzungen ihrer Gültigkeit eine außerordentliche Menge iſt, und daß alſo jedenfalls das Meiſte davon in das Gebiet der vernichtenden Beweiſe gehört haben muß. Dies wird noch durch die beſondere Natur gerade dieſer Klaſſe beſtätigt. Das Weſen der übrigen b. possessiones iſt, daß raſch ein Repräſentant des heres da ſei, welcher einſtweilen die Erbſchaft regulirte. Weil hier ein Abfordern von Seiten des heres möglich iſt, ſo muß doch darauf geſehen werden, daß nicht ein ganz unberechtigter Fremder das Verfügungsrecht über die hereditas erhält; da aber die Conſtituirung jenes Repräſentanten raſch geſchehen ſoll, ſo kann der Prätor die Legitimationsfrage des die b. p. Nachſuchenden nicht auf ſpätere Proceſſe vor judices verſchieben, er muß die Conſtatirung wenigſtens einer begründeten Wahrſcheinlichkeit ſelbſt übernehmen, d. h. er muß aus den ſämmtlichen Vorausſetzungen einer Klaſſe doch mancherlei Punkte hervorheben

und als bedingende Beweiſe hinſtellen. — Bei der c. t. b. p. kommen dagegen ganz andere Geſichtspunkte in Betracht. Sie iſt ausnahmsweiſe eine b. p. die ſtets **cum re** ſein ſoll; während die übrigen **bonorum possessiones** ihrem juriſtiſchen Weſen nach nur interimiſtiſche Univerſalſucceſſionen genannt werden können, ſo iſt dies eine definitive. Sie ſteht alſo dem Begriff der **hereditas** in ganz anderer Weiſe gleich, als die anderen Klaſſen. Freilich berechtigt uns das noch keineswegs, zu folgern, der Prätor habe nun auch gleich den c. t. b. **possessor** formell dem **heres** gleichgeſtellt, alſo ihm die **hereditatis petitio (possessoria)** gegeben. Die Quellen führen uns darauf in keiner Weiſe, und die Rechtsmittel, welche der Prätor für die b. p. erweislich conſtituirt hat, waren ſo gut und vollſtändig eingerichtet, daß von einem practiſchen Bedürfniß gar nicht die Rede ſein kann.

Wohl aber läßt ſich nicht läugnen, daß der c. t. b. **possessor** dem materiellen Effecte nach ganz ſo gut ſteht, wie ein **heres**. Wenn der b. **possessor**, nach Erbittung der b. p., die beſitzloſen Güter ſelbſt ergriffen hat, ſo wird dem **scriptus heres** die **her. pet.** gegen ihn denegirt (§. 68. Note 3.), wenn umgekehrt Letzterer oder ein Anderer beſitzt, ſo fordert der b. **possessor** mit dem **Int. quor. bon.** und den **fictitiae actiones (possessoriae actiones.** §. 80. Note 17.), die ganze **hereditas** ſo vollſtändig und definitiv ein, wie es der **scriptus heres** gethan haben würde, wenn er nicht durch die c. t. removirt wäre (§. 82. Note 6.). Hieraus könnte man zu ſchließen geneigt ſein, daß gerade, weil das Vermögen dazu beſtimmt iſt, dauernd beim **bonorum possessor** zu bleiben, der Prätor ſich um ſo mehr das vollſtändige Recht des Nachſuchenden ſchon vor Ertheilung der c. t. beweiſen laſſen mußte. Es folgt aber vielmehr das Umgekehrte. Da ſich doch alle Vorausſetzungen der c. t. ohne die Behauptungen eines beſtimmten Gegners gar nicht darthun laſſen können, ſo kommt es nun auch auf einige Punkte mehr, welche der Prätor ununterſucht läßt, nicht an. Alles iſt doch hauptſächlich davon abhängig, ob der **scriptus heres** die Gültigkeit der c. t. dem b. **possessor** beſtreitet und erſt in dem zwiſchen Beiden ſtatt findenden Erbſchaftsproceß können ſämmtliche Fragen vollſtändig erledigt werden. Auch

wenn der **b. possessor** klagend auftritt, so haben seine **possessoriae actiones** doch eine ganz andere practische Bedeutung, als bei den übrigen **b. possessiones**. Es handelt sich um definitive Feststellung des Rechts an der Erbschaft, und so bildet die **c. t.** die erste Ausnahme, an die sich allerdings mit der Zeit die völlige Umwälzung des Begriffs der **b. p.**, und der daraus hervorgehenden Rechtsmittel knüpfen konnte.

Da mithin hier, ganz anders wie bei den übrigen **bonorum possessiones**, erst ein zukünftiger Erbschaftsproceß die wahre Entscheidung geben kann, so brauchte der Prätor sich um so weniger schon bei Ertheilung der **b. p.** auf eine Untersuchung der einzelnen Punkte, in denen **b. p. peti non potest**, einzulassen; er konnte sich mehr noch als sonst mit einer einstweiligen bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen, und gewiß hat er hierin seine Thätigkeit auch gar nicht in allen Fällen dieselbe sein lassen. Stand eine **her. pet.** des **heres** schon entschieden bevor, so brauchte er viel weniger zu untersuchen, als wenn voraussichtlich der **heres** sich auf gar keinen Proceß einlassen wollte. Denn in letzterem Fall war es bei weitem nöthiger, daß die Zulassung eines ganz Unberechtigten zur **b. p.** von vorn herein verhindert werde.

§. 98. Gehen wir jetzt genauer auf das Einzelne ein. Die Menge der bei der **c. t.** in Betracht kommenden Voraussetzungen lassen sich unter drei Gesichtspunkte vertheilen. Sie setzt erstlich voraus, daß ein gültiges Testament vorhanden sei, ferner, daß dies Testament dem Nachsuchenden zur eigenen oder abgeleiteten **b. p.** Veranlassung gebe, endlich, daß in der Person des Bittenden das vom Prätor vorgeschriebene Verwandtschaftsverhältniß vorhanden sei.

1. Beweise in Bezug auf die Gültigkeit des Testaments. Wir haben oben gesehen, daß wenn zu der Zeit, wo regelmäßig die Delation an den Instituirten statt findet, das Testament bereits ungültig ist, keine **c. t.** wie die Römer sagen „geboren“ wird, indem gleich die Intestatsuccession eintritt [1]).

1) Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. — si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est,

Sollen wir nun alſo ſagen, der Nachſuchende hätte beweiſen müſſen, daß das Teſtament ein vollkommen gültiges ſei? Unmöglich, denn dagegen ſpricht ganz daſſelbe, was auch bei der **sec. tab.** den Prätor verhindern mußte, eine derartige Vorſchrift aufzuſtellen. Hier kommt noch ein beſonderer Umſtand hinzu. Der Nachſuchende bekommt ja, wenn das Teſtament ungültig iſt, in der Regel ein noch volleres Recht, indem die reine Inteſtatſucceſſion eintritt. Wie kann man ihn alſo zur Erlangung des geringeren Rechtes zu einer ſolchen unerbringlichen Maſſe von Beweiſen verpflichten? Aber der Prätor thut doch auch nicht gern etwas Unnützes, wodurch anderen Perſonen, namentlich den **conjunctae personae**, ganz vergebliche Hoffnungen erregt werden. Alſo ohne alle Grundlage kann er die **c. t.** nicht wohl ertheilt haben. Es wäre ja möglich, daß gar kein Teſtament vorhanden wäre, und ſo ganz in der Luft kann doch die „**contra lignum**“ gegebene **b. p.** nicht geſchwebt haben. Die in Note 1. citirten Stellen ſcheinen mir hier völlig genügende Auskunft zu geben. Sie ſagen, es ſei zum **petere** der **c. t.** nöthig, **exstitisse tabulas ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti possit.** (§. 95. Note 2.). Alſo jedenfalls müſſen doch dieſelben bedingenden Beweiſe geliefert worden ſein, welche zur Erbittung der **sec. tab.** nöthig waren. Man mußte das Teſtament vorweiſen, und um dies möglich zu machen, hatte man das **Int. de tabulis exhibendis**, oder man mußte ſonſt darthun, daß ein zur **sec. tab.** geeignetes Teſtament **mortis tempore** vorhanden war. Aber dieſe Möglichkeit der **sec. tabulas** ſetzt hier doch ſehr natürlich noch einen Punkt mehr voraus, als die, welche wir im erſten Bande haben kennen lernen. Wenn der Inſtituirte ſelbſt **sec. tabulas** erbittet, ſo zeigt eben ſein Erſcheinen, daß er exiſtirt. Bei der **c. t.** aber iſt es eine andere Perſon, welche ſich auf die Möglichkeit der **sec. tab.** beruft, alſo muß er doch, wo es zweifelhaft iſt, nachweiſen, daß der Inſtituirte exiſtirt.

---

c. t. b. p. praeteritum petere non posse. Fr. 19. in fin. eod. — peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

Dies alſo ſcheint mir noch neben den bedingenden Beweiſen der **sec. tab.** hervorgehoben werden zu müſſen, und daraus erklärt ſich mir, daß gerade dieſer Punkt in den Quellen, wie wir geſehen haben (namentlich bei der Frage über die Präſtirung der Legate, z. B. **fr. 10. §. 2. de legat. praest.**), ſo ganz beſonders gegen andere Vernichtungsgründe des Teſtaments hervorgehoben wird. Er lag den Juriſten bei ihren Unterſuchungen am nächſten.

Alle übrigen Punkte dagegen, durch die das Teſtament ſchon **mortis tempore** als nichtig erſcheint, gehören jedenfalls, ebenſo wie bei der **sec. tab.**, ins Gebiet der vernichtenden Beweiſe. Alſo Präterition eines civilen Notherben (ſoweit dieſe überhaupt nach unſerer obigen Darſtellung Hinderniß der **c. t.** war) Mangel der **testamentifactio**, u. ſ. w. — Doch iſt auch hier wieder ein Unterſchied von der **sec. tab.**, der ſich aber ganz von ſelbſt ergiebt, nicht außer Acht zu laſſen. Darin freilich ſtehen ſich beide Klaſſen gleich, daß wenn ein ſolcher Grund ſchon bekannt iſt, der Prätor die **b. p.** denegirt, denn es wäre ja „**inane**“ ſie zu ertheilen. Dagegen wenn nach ertheilter **b. p.**, ſei es bei Gelegenheit einer **her. pet.** oder auch ohne Anſtellung eines Proceſſes, ein Intereſſirter dem Prätor das Vorhandenſein der **mortis tempore** ſchon vorhandenen Nichtigkeit nachwies, ſo ward allerdings die **sec. tab.** dadurch ſtets zur **non data**. Dagegen bei der **c. t.** tritt dies lediglich dann ein, wenn der **b. possessor** nur aus der erbetenen **c. t.** ein Recht auf die Succeſſion hat, und alſo mit deren Hinwegfallen ein Anderer der auf die Erbſchaft Berechtigte wird (ſ. z. B. §. 92. im Anfange). Sobald indeß der **c. t. b. possessor** ſelbſt der iſt, an welchen mit Remotion der **c. t.** in der zunächſtberufenen Klaſſe (**unde liberi**) das Vermögen fällt, ſo braucht er nicht nochmals formell die **b. p.** zu erneuern, alſo das Bekanntwerden des Vernichtungsgrundes hat nur die Bedeutung, daß er nun die Zahlung der Legate verweigern kann. Die Beweiſe hiefür ſcheinen mir genügend in den vorausgehenden Entwicklungen zu liegen.

2. Beweiſe in Beziehung auf die Berückſichtigung im Teſtamente. — Ebenſo wie bei der **sec. tab. b. p.** es gar nicht anders denkbar iſt, als daß der Prätor in dem ihm vor-

gebrachten Teſtamente nachgeſehen haben muß, ob der Nachſuchende inſtituirt ſei [2]), ſo iſt es ganz ebenſo auch hier. Es liegt ſo nahe, daß der Prätor gleich aus dem Inhalte des Teſtaments ſich vergewiſſerte, ob der Notherbe präterirt ſei, oder etwa aus der Perſon eines Anderen die abgeleitete c. t. habe. Denn wozu noch, wenn eine von dieſen beiden leicht zu conſtatirenden Vorausſetzungen fehlte, ihm eine c. t. b. p. geben, da er doch als Inſtituirter zur sec. tab. berechtigt, und als Erheredirter ganz ausgeſchloſſen war? Die Quellen drücken ſich auch gerade in dieſer Weiſe aus:

> **Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. — Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad c. t. b. p. admittetur.**

Ulpian könnte gar nicht ſo ſprechen, wenn ohne weitere Inſpection des Teſtamentes die c. t. verliehen würde. Er ſtellt ſich ganz auf den Standpunkt des Prätors, und ſagt, es würde ja thörigt ſein, die c. t. zu geben, da wo die sec. tab. deferirt iſt. Darin liegt aber doch, daß dem Prätor dies Letztere, alſo die Inſtitution, bekannt ſein muß, wenn er die c. t. verweigern will. Er muß alſo auch das Teſtament eingeſehen haben [3]). — Und was verſteht ſich denn in der That mehr von ſelbſt? Der Prätor will durch die b. p. ſelbſtthätig die Erbſchaften reguliren, und dabei iſt doch immer die erſte Frage, ob ein Teſtament vorhanden iſt, oder nicht; und für die beiden b. possessiones ex testamento (contra und secundum tabulas) iſt die Kenntnißnahme vom Inhalte deſ-

---

2) Wo das Teſtament nicht vorgebracht werden konnte, mußte man denn auch nicht bloß deſſen Exiſtenz, ſondern deſſen Inhalt darthun.

3) Daſſelbe folgt aus fr. 8. §. 1. eod. — Aliqua parte tabularum exheredem scribi non sufficit, sed eo gradu, contra quem petitur b. p. Unde si a primo gradu exheredatus sit filius, a secundo praeteritus, et primo gradu scripti non petierint bonorum possessionem, poterit contra tabulas accipere b. p.

ſelben ganz gleichmäßig nothwendig. Da war es denn doch das Einfachſte, daß der Prätor ſich bei beiden es vorweiſen ließ, und daraus ſogleich mit eigenen Augen erſah, welche von beiden **b. possessiones** zuzulaſſen, oder ob ſie vielleicht beide unzuläſſig ſeien.

So muß es denn auch mit den übrigen Punkten gehalten worden ſein, bei denen das Recht des Notherben lediglich aus dem Inhalte des Teſtaments beurtheilt werden kann. Die Ausdrucksweiſe der Römiſchen Juriſten zeigt dies auch bei den einzelnen Fragen ſehr deutlich. So z. B. wenn der Notherbe unter einer Bedingung eingeſetzt iſt:

> **Fr. 3. §. 12. de b. p. c. t. — Sed si sub conditione scriptus, b. p. c. t. accipere non potest.**

Aber ein beſonderer Beweis des Inſtituirten konnte ihm dennoch dazu verhelfen; ſobald er nämlich darthat, daß die Bedingung ſchon weggefallen ſei:

> **Quid ergo, si defecerit conditio? Verum est, eum contra tabulas bonorum possessionem accipere.**

Ein anderes, nur aus dem Teſtament zu erſehendes Hinderniß der c. t. war, wenn freilich nicht der Notherbe, wohl aber ſein servus inſtituirt war. Der Prätor muß jenen doch gleich befragt haben, ob er Letzterem befohlen habe die cretio vorzunehmen, und dann denegirte er gleich die b. p.

> **Fr. 3. §. 15. eod. — Si quis ex liberis non sit scriptus heres, sed servus ejus scriptus sit; eumque jusserit adire hereditatem, denegari ei debet bonorum possessio contra tabulas** [4]).

Und ebenſo wird regelmäßig der Prätor, wenn er im Teſtamente fand, daß dem Notherben ein Legat hinterlaſſen ſei, ihn gefragt haben, ob er dies haben wolle, oder etwa ſchon angenommen habe. Und danach richtete ſich die Ertheilung oder Denegation der c. t.

---

4) Einem in adoptionem datus wurde überhaupt in dieſem Falle die b. p. benegirt. fr. 8. §. 11. eod. — Sed si ipse scriptus non sit, sed alius qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad b. p. contra tabulas admittamus.

Fr. 3. §. 16. eod. Idemque est, et si legatum relictum sibi vel servo suo elegerit; nam et hic dicimus, bonorum possessionem c. t. debere denegari [5]).

Ein beſonderes Decretum mußte, wie wir oben geſehen haben, dann interponirt werden, wenn ein noch nicht geborener postumus präterirt war, und daneben ein inſtituirtes Kind ſich befand (fr. 4. §. 3. fr. 5. eod. — ſ. oben §. 76.).

Aus Allem dieſem folgt, daß die unter unſeren zweiten Geſichtspunkt fallenden Fragen freilich keine bedingenden Beweiſe genannt werden können, aber doch vom Prätor in den meiſten Fällen als wahre Bedingungen der Agnition behandelt ſein müſſen. Er durfte freilich, wenn es ihm paſſend ſchien, auch ausnahmsweiſe davon abgehen, aber ich glaube kaum, daß, da alle dieſe Punkte ſo leicht und einfach von ihm conſtatirt werden konnten, dies oft geſchehen ſein werde. Jedenfalls machte, wenn es geſchah, das ſpätere Bekanntwerden des Nichtvorhandenſeins einer einſtweilen präſumirten Vorausſetzung die b. p. zur non data, ebenſo wie wenn ſie unter einer Vorausſetzung ertheilt wurde, deren gleich anfängliche Conſtatirung überhaupt nicht möglich war [6]).

3. Beweiſe in Beziehung auf das Verwandtſchaftsrecht. — Dieſes dritte Erforderniß der c. t. b. p. zerlegt ſich in eine ſolche Menge von Fragen, daß es ganz undenkbar iſt, der Prätor habe ſich immer genau das Verwandtſchaftsverhältniß, und das Nichtvorhandenſein der daraus etwa abzuleitenden Hinderniſſe beweiſen laſſen. Aber er muß doch, wenn Jemand vor ihm erſchien, den er nicht kannte, und von deſſen Verhältniſ-

---

5) Fr. 10. §. 3. eod. (si quis legatum sive portionem sibi datam agnoverit, a c. t. b. p. repellendus est.) kann daſſelbe heißen; aber es liegt darin auch jedenfalls, daß wenn dennoch die c. t. ertheilt worden iſt, und nun die Annahme des Legats zu Tage kommt, die b. p. als non data erſcheint. S. z. B. auch fr. 15. eod.

6) Fr. 11. pr. eod. — Si in adoptionem datus sub conditione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas edictum et ipse veniet. Sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione.

ſen er nichts wußte, wenigſtens eine Legitimation verlangt haben, daß er ein Kind des Verſtorbenen ſei.

Fr. 8. §. 12. de b. p. c. t. — Ut autem admittantur ad bonorum possessionem, ex liberis eos esse oportet.

Dagegen alle die weiteren Fragen, ob er auch in ſeiner stirps der Nächſte, ob er nicht etwa untergeſchoben ſei ꝛc., konnte man ſämmtlich der Vorbringung von Seiten anderer intereſſirter Perſonen überlaſſen, d. h. ſie in das Gebiet der vernichtenden Beweiſe ſtellen.

Drittes Kapitel.

Die historischen Veranlassungsgründe und Folgen der c. t. b. p.

§. 99. Nach Darstellung der **c. t. b. p.** habe ich in diesem Kapitel zwei Institute zusammenzustellen, die mit derselben jedenfalls im directen historischen Zusammenhange stehen. Nur ist es nicht sicher, ob sie die Veranlassung zur Einführung der **c. t.** hergaben, oder umgekehrt durch diese hervorgerufen wurden. Ich meine das **Notherbenrecht der postumi sui**, wie es namentlich durch die **lex Velleja** regulirt worden war, und das **Erbrecht der emancipati ab intestato**, also die **b. p. unde liberi.**

Daß Ersteres mit der **c. t. b. p.** in genauem Zusammenhange steht, habe ich im vorigen Kapitel (§. 70.) bereits ausgeführt, wir haben aber noch genauer, als dort geschehen konnte, das zwischen beiden bestehende historische Verhältniß zu prüfen, um dadurch auch die näheren Anhaltspunkte für die Einführungszeit der **c. t. b. p.** zu gewinnen. Wir werden sehen, daß es das Wahrscheinlichere ist, das Recht der **postumi** als Veranlassungsgrund der **c. t.** anzunehmen. Dagegen dem zweiten Institute, der **b. p. unde liberi**, welche auch vielfach als Veranlassungsgrund der **c. t. b. p.** aufgefaßt worden ist, werden wir wohl unbedenklich die Stelle einer aus ihr hervorgegangenen Folge einräumen dürfen.

I. Das Recht der postumi sui.

§. 100. Schon am Ende des §. 77. bemerkte ich, daß es allerdings denkbar iſt, das Recht der **postumi** ſei erſt nach Einführung der **c. t. b. p.** umgeſtaltet worden. Dafür ließe ſich folgender nicht unſcheinbare Grund anführen. Das Prätoriſche Notherbenrecht ſtimmt mit dem der **postumi** darin überein, daß die Perſonen männlichen Geſchlechts **nominatim**, die weiblichen dagegen **inter ceteros** zu exheredіren ſind. Dies kann kein bloß zufälliges Zuſammentreffen ſein. Nun aber iſt die angegebene Regel im Prätoriſchen Rechte eine vollkommen feſtſtehende, als Civilrecht für die **postumi** dagegen wird ſie, wie wir ſehen werden, nur ſchwankend und als etwas nicht ganz Sicheres von den Römern vorgetragen. So ſcheint alſo das Natürlichſte, die Einführung dieſer Regel dem Prätor zuzuſchreiben, und jene Ungewißheit des Civilrechts ſich daraus zu erklären, daß es eben nur etwas aus dem Prätoriſchen Rechte Uebertragenes ſei, welches nicht zu vollkommener Feſtigkeit habe gelangen können.

Nichts deſto weniger ſcheint mir die umgekehrte Annahme, daß der Prätor bei der für die Accrescenzerben aufgeſtellten **c. t.** dem ſchon beſtehenden Rechte der **postumi sui** ſich angeſchloſſen habe, die wahrſcheinlichere. Ich habe es oben weitläuftiger entwickelt, daß die ganze Idee der **c. t.**, Gleichſtellung der Accrescenzerben mit den übrigen **sui**, erſt aufkommen konnte, nachdem die **postumi sui** nicht mehr **incertae personae** waren. Hiezu kommt noch Folgendes. Der Prätor ruft zur (nominellen oder wahren) **c. t.** ſämmtliche **sui**, und darunter auch die **postumi**, und wir haben gar keine Andeutung, daß dieſe Berufung der **postumi** erſt ein ſpäterer Zuſatz wäre. Der Prätor ſetzt aber doch die Möglichkeit der Inſtitution und Exheredation bei den **postumi** voraus, alſo muß dies ſchon vorher durch das Civilrecht feſtgeſtellt worden ſein. Und auch, daß der Prätor jene Vorſchrift des **nominatim** Exheredirens für das männliche Geſchlecht zuerſt ausgedacht hätte, ſcheint mir etwas ſehr Unwahrſcheinliches, da wir im Uebrigen geſehen haben, daß er grade in den Berückſichtigungsvorſchriften ſo ganz an die Regeln des Civilrechts ſich anlehnte.

Diese Auffassung, wonach die Einführung der c. t. sich nur als letzter Punkt sehr natürlich an die schon voraufgehenden Veränderungen im Notherbenrecht der sui anschließt, bedarf aber noch stärkerer Stützen, als ihr bisher gegeben werden konnten. Wenn man ihr auch die innere Wahrscheinlichkeit, wie ich glaube, nicht wird absprechen können, so meint doch vielleicht Mancher, daß sie vor den positiven uns in den Quellen erhaltenen Notizen, die mit ihr nicht vereinbar seien, zurückweichen müsse. Ich habe jetzt zu zeigen, daß dies durchaus nicht der Fall ist; und daß auch namentlich jene Vorschrift des namentlichen Exheredirens sämmtlicher männlichen **postumi** im Civilrecht schwankend bleiben konnte, während sie im Prätorischen Rechte, dadurch, daß der Prätor sie auf die c. t. b. p. übertrug, als eine Vorschrift des Edictes natürlich für Accrescenzerben und Emancipirte allem Zweifel enthoben wurde.

Von dem Satze, daß **postumi incertae personae** seien [1]), ging man für die **postumi sui** zuerst bekanntlich in dem Falle ab, wenn ein Descendent ersten Grades nach dem Tode des Testators geboren würde [2]). Hieran schlossen sich dann die Formeln des Aquilius und die **lex Junia Velleja** an [3]). Diese letztere hatte die Tendenz bei allen **viventibus nobis** agnascirenden **postumi**, wenn sie instituirt oder exheredirt seien, die Ruption des Testamentes zu verhüten, eine Tendenz, die auch die Römischen Juristen vollkommen erkannten, so daß ein Fall, den die **lex Velleja** wahrscheinlich bloß vergessen hatte, von Salvius Julianus, ganz ihrem Principe gemäß beurtheilt wurde [4])

Aber es ist wohl zu bemerken, daß die **lex Velleja** doch überhaupt nur von den durch *eheliche Erzeugung* entstan-

1) **Gai. II. 242.**

2) **Ulp. XXII. 19.** »ex jure civili«. d. h. wohl durch Gewohnheitsrecht.

3) **Fr. 29. de lib. et post.**

4) **Fr. 29. §. 15. de lib. et post.** Dasselbe gilt von dem in fr. 28. §. 1. eod. von Tryphonin behandelten Falle.

denen **postumi** ſprach. Und ſo bleibt denn noch immer die Frage übrig, ob für die durch einen juriſtiſchen Act (z. B. Adoption, Arrogation, Legitimation) nach der Teſtamentserrichtung in die Gewalt Getretenen [5]) auch nach der **lex Velleja** die alte Regel beſtehen blieb, daß ſie als **incertae personae** weder inſtituirt noch exheredirt werden könnten, oder ob man auch dieſe Fälle nach dem Principe der **lex Velleja** beurtheilte?

Die von den heutigen Schriftſtellern gelehrte Anſicht iſt, daß noch Gaius die alte Regel anerkannt habe, während bereits Scävola und Papinian der Meinung geweſen ſeien, eine **exheredatio** erſcheine allerdings als eine **res in extraneo inepta**, wogegen die vorgängige Inſtitution dem juriſtiſchen **postumus** genügen müſſe. Dieſe Meinung ſei dann die herrſchende geworden, und auch als die von Juſtinian recipirte anzuſehen [6]).

Mir ſcheint hiermit aber weder der Zuſtand der Römiſchen Jurisprudenz, noch alles in der Juſtinianeiſchen Compilation in Betracht Kommende vollſtändig angegeben zu ſein. Gaius war allerdings der Anſicht, daß gleichmäßig die vorgängige Inſtitution wie Exheredation für den ſpäter eintretenden **postumus** nicht hinreichend ſein ſoll. Und es iſt nicht zu läugnen, daß dieſer Meinung ein ganz vernünftiger Grund zur Seite ſteht, wonach ſie gar nicht lediglich als ein ſtarres Feſthalten am alten Recht erſcheint. Es kann ein Menſch recht wohl ſeine Verhältniſſe ſchon im Voraus auch mit Rückſicht auf noch ſpäter geborene Deſcendenten reguliren. Dagegen wenn er durch ein eigenes Rechtsgeſchäft einen Hausſohn annimmt, ſo wird ſelten ein ſchon früher gemachtes Teſtament mit ſeinem jetzigen Willen übereinſtimmen. Da nun einmal

5) Wir wollen ſie in der Folge kurz mit dem Ausdruck: juriſtiſche postumi bezeichnen.

6) Gai. II. 140. 141. im Vergleich mit fr. 18. de inj. rupto. und fr. 23. de liber. et post. — ſ. Bluntſchli S. 54. Francke S. 41. Mühlenbruch Commentar. Bd. 36. S. 279. Vangerow Leitfaden II. S. 232. — Foerster p. 117. 119. verſuchte noch eine Vereinigung beider in die Digeſten recipirten Juriſten mit Gaius, was allerdings unzuläſſig iſt.

die postumi das Teſtament rumpirten, ſo hat es ſehr viel für ſich, dieſen Satz ganz allgemein bei den juriſtiſchen postumi beſtehen zu laſſen, weil man nicht vorausſetzen kann, daß der Teſtator ganz bei ſeinem früheren Willen bleiben werde. Und die Anforderung iſt doch wahrlich nicht unnatürlich, daß man von dem, der noch Luſt gehabt hat, durch ein eigenes Rechtsgeſchäft einen Sohn anzunehmen, verlangt, er ſolle nun auch von Neuem ſeine Verlaſſenſchaft reguliren. Daß auch die Römiſche Geſetzgebung von dieſem Geſichtspunkte ausging, ſehen wir aus Gaius II. 143., indem durch ein eigenes Sct. unter Hadrian für einen Fall, wo es nicht mehr möglich war, das Teſtament zu erneuern, ausdrücklich erlaubt wurde, daß die vorgängige Inſtitution oder Exheredation genügen ſolle; ne, wie Gaius ſagt, scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.

Aber darin liegt doch ein entſcheidendes argumentum a contrario, daß die Geſetzgebung abgeſehen von dieſem Ausnahmsfalle eine Renovation des Teſtamentes bei juriſtiſchen postumi verlangte, daß ſie mithin die directe Uebertragung des Princips der lex Velleja auf dieſelben für unanwendbar hielt. Freilich werden wir nun ſehen, daß viele Juriſten und zwar lange vor Gaius anderer Meinung waren; aber daß dieſe theoretiſchen Anſichten gleich in die Praxis übergingen, wo ihnen noch ein ſpäteres Sct. entgegenſtand, iſt nicht zu glauben.

Die Anſicht von Scävola und Papinian iſt eine Mittelmeinung, und lehnt ſich am nächſten an die des Gaius an. Wenngleich nämlich Letzterer dem Reſultat nach Inſtitution und Exheredation einander gleichſtellt, ſo unterſcheidet er ſie doch den Gründen nach ganz genau:

II. 140. Nec prodest, sive haec sive ille qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave; nam de exheredatione ejus supervacuum videtur quaerere, quum testamenti faciundi tempore suorum heredum numero non fuerit.

Bei der Exheredation beſtände gar kein Zweifel, daß ſie die Ruption des Teſtamentes nicht zu verhindern vermöge, denn zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſei der ſpäter Adoptirte ein exheredatus, und die exheredatio eine res in extraneo

inepta [7]). Dies deutet darauf hin, daß in Beziehung auf die Exheredation damals gar kein Streit unter den Römiſchen Juriſten beſtand, wohl aber rückſichtlich der Inſtitution. In der That ſieht man dies nun auch aus der vorſichtigen Ausdrucksweiſe, mit der Scävola in **fr. 18. de inj. rupt.** die dem Gaius entgegengeſetzte Anſicht ausſpricht:

> **Si, qui heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebit.**

Scävola hat einen keineswegs ganz verwerflichen Grund für ſich, denn allerdings iſt hier ein Unterſchied zwiſchen der Inſtitution und Exheredation. Die letztere bezieht ſich lediglich auf Ausſchließung eines beſtehenden Notherbenrechts, und da dies zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch nicht vorhanden iſt, ſo ſtimmten Gaius und Scävola darin überein, daß durch eine ſolche Exheredation jedenfalls die Ruption nicht ausgeſchloſſen werde. Dagegen meint Scävola, die Inſtitution ſei doch an und für ſich etwas Gültiges auch bei dem **extraneus**, und ſo ſolle ſie auch genügen, wenn dieſer **extraneus** ſpäter **suus** wird, und dadurch Notherbenrecht erhält; während Gaius daran feſtgehalten hatte, daß die Inſtitution doch auch ſpäterhin nichts Anderes bedeuten könne, als was ſie anfangs geweſen war. Da ſie nun im Anfange nicht zur Befriedigung des Notherbenrechtes diente, ſo könne ſie auch ſpäter nicht dazu benutzt werden, und der Erblaſſer ſei alſo nach der Adoption zur Renovation des Teſtaments verpflichtet.

Dieſe Anſicht des Scävola iſt aber gar nichts Neues, ſondern ſchon Labeo, Caſſius und Javolenus hatten ſie, wie wir aus folgender Stelle ſehen.

> **Fr. 6 pr. de lib. et post. (Ulpian.) — Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit, et scribit Cassius et Javolenus, posse; nam et uxorem ducere et adoptare potest. Spadonem quoque posse postumum heredem scribere, et Labeo et**

---

7) Fr. 132. pr. de verb. obl.

Cassius scribunt, quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est.

Ein spado kann natürlich nur einen juriſtiſchen **postumus** erhalten, während bei dem, **qui facile generare non potest**, doch die Möglichkeit der phyſiſchen Zeugung vorhanden iſt. Von Beiden aber wird, mit ausdrücklicher Hervorhebung der Adoption, geſagt, daß die Inſtitution eines ſolchen juriſtiſchen **postumus** gültig ſei. Und das iſt eben die Anſicht des Scävola und Papinian.

Daß dieſe ſoviel Anhänger hatte, ſcheint mir lediglich daraus erklärlich, daß die Römer die Exheredationen nicht begünſtigten. Aber im Uebrigen iſt ſie eine halbe Maaßregel. Freilich beſtand der eben angeführte Unterſchied, zwiſchen Inſtitution und Exheredation, auf den ſich Scävola beruft. Aber was daran Wahres iſt, führt von ſelbſt darauf, daß man, um conſequent zu ſein, noch einen Schritt weiter gehen mußte. Scävola und die Uebrigen faſſen offenbar die Inſtitution des ſpäter Adoptirten als ein Doppeltes auf, einestheils als Inſtitution eines **extraneus**, und anderntheils als Berückſichtigung des ſpäter erworbenen Notherbenrechts. Beide Punkte haben im Grunde gar Nichts mit einander zu thun [8]), und wenn man einmal der Inſtitution für den künftigen **suus heres** Bedeutung beilegte, weßhalb ſoll man denn nicht auch ſagen können, daß ebenfalls die Exheredation, wenn ſie gleich nicht gegen den fraglichen Menſchen als **extraneus** gerichtet ſein kann, doch gegen ihn für die Zukunft, ſobald er **suus heres** werde, Kraft habe. Conſequent ſind hier doch nur die zwei Anſichten, daß man entweder die Berückſichtigung der juriſtiſchen **postumi** auf die Zukunft hin ganz läugnet, oder daß man ſie allgemein zuläßt, und in beiden Fällen Inſtitution und Exheredation gleich behandelt. Es ſcheint mir daher, wie geſagt, lediglich aus jenem Satze: **exheredationes non esse**

8) Beides ſcheiden die Römer ſehr genau. In der lex Velleja iſt ſtets das permittit institui und das vetat rumpi zu trennen. Bei einem ſchon vorhandenen extraneus verſteht ſich Erſteres von ſelbſt, und nur das Letztere kommt in Betracht, wenn er dann ſpäter suus wird. Das Verbot der Ruption folgt gar nicht daraus, daß es erlaubt ſei, Jemanden einzuſetzen.

adjuvandas, erklärt werden zu können, daß die angegebene Mittelmeinung ſo viele Anhänger fand.

Deßhalb aber kann es auch gar nicht auffallen, daß es Römiſche Juriſten gab, welche, wenn ſie einmal die Anſicht des Gaius verlaſſen wollten, nun auch geradezu das Umgekehrte ſagten, und nicht auf halbem Wege ſtehen blieben. Dieſe wandten alſo das Princip der lex Velleja ganz vollſtändig auf die juriſtiſchen postumi an [9]). Hieher iſt, wie ich nicht anders einſehen kann, Ulpian zu rechnen.

XXIII. 2. und 3. — Agnatione (rumpitur testamentum) id est, si suus heres agnascatur, qui neque heres institutus, neque ut oportet exheredatus est. Agnascitur suus heres aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conve-

9) Freilich iſt auch überhaupt ſtreitig, ob die lex Velleja für natürliche postumi die Exheredation erlaubt habe. Aber mir ſcheint dies unbedenklich bejaht werden zu müſſen. Allerdings ſpricht das fr. 29. de lib. et post. immer nur von der Inſtitution, aber man muß bedenken, daß die ganze Frage ſich nur darum dreht, ob Jemand jetzt, wo er noch kein Notherbenrecht hat, bereits in Bezug auf die ſpätere Erwerbung deſſelben berückſichtigt werden könne. Die Berückſichtigung aber enthält die Alternative der Inſtitution oder Exheredation. Der Kürze wegen ſprach man hier bloß von der Inſtitution, und nahm es als ſich von ſelbſt verſtehend an, daß, was von dieſer gelte, auch auf die Exheredation Anwendung finde. — Ganz augenſcheinlich geht dies aus Ulpian. XXII. 19. hervor, wo bei der lex Velleja auch nur von der Inſtitution die Rede iſt, aus der dann aber die Möglichkeit der Exheredation (§. 21.) ſich von ſelbſt ergiebt. — Wenn auch die Römer in einzelnen Fällen die Inſtitution mehr begünſtigten, als die Exheredation, ſo waren ſie doch wahrlich nicht gemeint, dieſe Alternative, die ein entſchiedenes patrium jus war (fr. 132. pr. de verb. obl.), zu verwiſchen. Gegen den ungerechten Gebrauch von Seiten des Vaters, war die querela inoff. ein genügendes Hülfsmittel. — Und was gewinnt man mit jener entgegengeſetzten Anſicht? Da doch die Möglichkeit, postumi zu exherediren, entſchieden feſtſteht, ſo muß man zu der unwahrſcheinlicheren Aushülfe fliehen, daß erſt die Juriſten hierin die lex Velleja erweiternd interpretirt hätten. — Zuletzt muß ich noch an jenes Sct. unter Hadrian erinnern (Gai. II. 143.), wo auch ausnahmsweiſe der juriſtiſche postumus nicht rumpiren ſoll, und hiebei ſteht die Exheredation der Inſtitution ganz gleich.

niendo, aut in locum sui heredis succedendo . . . . aut manumissione.

Es ſcheint mir rein unmöglich, daß Ulpian die Exheredation, welche doch bei den durch Geburt und **successio in locum sui heredis** Agnascirenden zuläſſig war, nicht auch auf die zwiſchendurch genannten Fälle der juriſtiſchen **postumi** habe ausgedehnt wiſſen wollen. Und dies kann auch nicht durch eine andere Stelle Ulpians widerlegt werden (**fr. 8. pr. de inj. rupt.**), wo es heißt:

Verum est, adoptione vel arrogatione filii filiaeve testamentum rumpi, quoniam sui heredis agnatione solet rumpi.

Auf den erſten Blick ſcheint hier Ulpian die Anſicht des Gaius vorzutragen, aber er ſagt ja nicht wie Letzterer: **omnimodo rumpitur**, und ſo können wir unbedenklich annehmen, daß er vorausſetzt, der **adoptatus** müſſe präterirt ſein. Wir haben glücklicher Weiſe ein ſehr frappantes Beiſpiel einer ganz ähnlichen Redeweiſe mit derſelben Vorausſetzung. Tryphonin ſagt in **fr. 28. §. 1. de lib. et post.** ganz allgemein: **rumpetur ergo testamentum.** Dann aber fügt er hinzu: **Sed si institutus vel exheredatus sit, non rumpetur.** Und ſo würden auch wohl Ulpians Worte, wenn wir das Vorausgehende beſäßen, woran ſie ſich anſchloſſen, allen Schein des Zweifelhaften verlieren. —

Vielleicht iſt auch Marcellus derſelben Anſicht wie Ulpian geweſen. Bei dem Soldatenteſtament iſt nicht die ausdrückliche Erheredation nöthig, ſondern nur der Wille, daß man den Notherben ausſchließen wolle. Nun heißt es in **fr. 7.** und **8. de test. mil.**

Ulpianus. — Qui jure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem vel non fuit praegnans, hoc tamen animo fuit, ut vellet, quisquis sibi nascetur, exheredem esse, testamentum non rumpitur;

Marcellus. — Idem est, et si arrogaverit filium, neposve successerit in locum filii.

Darin liegt doch die Vorausſetzung, daß man überhaupt einen ſpäter Arrogirten im Voraus exherediren könne, indem

das Privilegium des Soldaten, soviel ich weiß, nur darin besteht, daß er die Exheredation nicht besonders auszusprechen brauchte. —

Wie steht es nun mit der Behandlung dieser Controverse im Justinianeischen **Corpus juris**? Hiefür werden heutzutage immer nur jene beiden Pandektenstellen von Scävola und Papinian angeführt, und ich finde nirgends bemerkt, daß auch die Stelle des Gaius in die Institutionen recipirt ist[10]). Jedenfalls wird man die Compilatoren nicht wegen zu großer Sorgfalt beloben können, und es ist eigentlich ganz unsicher, welcher Ansicht sie sich zugeneigt haben. In der Institutionenstelle ist freilich das **omnimodo**, welches Gaius vor **rumpitur** noch setzt, gestrichen. Aber dies kann auch bloß geschehen sein, weil der Gegensatz fehlt, um dessentwillen Gaius dies Wort gebraucht. Gaius handelt bis zum §. 137. von den natürlichen **postumi**, für welche die **lex Velleja** galt, und dann gleich im §. 138. von den juristischen **postumi**, auf die er das Princip der **lex Velleja** gar nicht ausgedehnt wissen will. In den Justinianeischen Institutionen aber sind zwischen diese beiden Lehren die Titel 14—16 des zweiten Buchs geschoben worden, und so hatte im §. 1. des siebzehnten Titels das Wort **omnimodo** gar keine Beziehung mehr. Nichtsdestoweniger behalten die stehengebliebenen Worte **testamentum ejus rumpitur** denselben absoluten Sinn, in welchem sie Gaius nahm, und in welchem auch gleich im folgenden § gesagt wird: **posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur.**

Es liegt hier mithin eine Institutionenstelle vor, die überdem noch von den Compilatoren für das damalige Recht der Adoption wesentlich umgebildet worden ist, also nicht wohl aus einem Versehen erklärt werden kann, während dies viel

10) §. 1. I. quib. mod. test. infirm. — Rumpitur autem testamentum, quum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris, aut per Praetorem secundum nostram constitutionem eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.

eher sich von den Pandektenstellen des Scävola und Papinian sagen läßt, da überdem jene Stelle von Ulpian (fr. 8. pr. de inj. rupt.) in der Justinianeischen Gestalt ganz mit der Ansicht des Gaius übereinstimmt. Man kann also sehr wohl der Meinung das Wort reden, daß Justinian ganz auf dem Standpunkte stehen geblieben sei, den die Gesetzgebung noch unter Hadrian einnahm.

Hält man aber diese Gründe nicht für genügend, so scheint mir dann noch am Ersten Ulpians Ansicht als die Justinianeische angenommen werden zu müssen, obgleich jene Stelle aus den Fragmenten nicht in die Compilation aufgenommen worden ist. Die Stellen, worin uns die Mittelmeinung von Labeo, Cassius, Javolenus, Scävola und Papinian angeführt wird, sprechen ja lediglich von der Institution, die Exheredation wird gar nicht erwähnt. Freilich können wir nun namentlich durch Vergleichung mit Gaius II. §. 140. mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß alle diese Juristen die Exheredation der Institution nicht gleichgestellt haben. Aber das kommt doch für die Justinianeische Compilation nicht in Betracht, worin die Exheredation gar nicht besonders hervorgehoben wird. Vielmehr können wir hier nur sagen: da Justinian entschieden anerkennt, daß postumi im Voraus instituirt oder exheredirt werden könnten, daß sie nur im Fall der Präterition das Testament rumpiren [11]), so haben wir anzunehmen, daß er diese Voraussetzungen, da er nachher bei den juristischen postumi nichts Entgegengesetztes sagt, allgemein habe gelten lassen wollen. Den §. 1. quib. mod. test. infirm. haben wir mithin so zu interpretiren, daß die agnatio sui heredis nur dann rumpirt, wenn dem §. 1. I. de exher. lib. gemäß der postumus präterirt ist, also ganz ebenso, wie jenes Ulpiansche fr. 8. de inj. rupt. schon nach Ulpians eigener Ansicht zu verstehen ist. Dagegen haben wir fr. 6. pr.

11) §. 1. I. de exher. lib. — Postumi quoque liberi vel heredes instituí debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis sive feminini sexus, sive masculini praeterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur.

fr. 23. §. 1. de liberis et post. **fr. 18. de inj. rupt.** auf der einen Seite (worin von der Inſtitution die Rede iſt) und **fr. 7. u. 8. de test. militis** auf der anderen Seite (worin Marcellus von der Exheredation ſpricht) lediglich als Ausflüſſe und Anwendungen der allgemeinen Regel zu betrachten, wonach Juſtinian das Princip der **lex Velleja**, alſo die Möglichkeit der Inſtitution und Exheredation, vollſtändig für **alle postumi**, ohne weitere Unterſcheidung der phyſiſchen und juriſtiſchen, hat gelten laſſen wollen.

§. 101. Durch das im vorigen § Geſagte ſind wir in den Stand geſetzt, das Jahr, in welchem die **lex Velleja** gegeben wurde, genau zu beſtimmen.

In den conſulariſchen Faſten finden ſich zwei Jahre, das eine unter Auguſt (763.), das andere unter Claudius (799.), in denen beiden ein **Junius (Silanus)** und ein **Vellejus (Tutor)** zuſammen Conſuln waren. In dem erſteren Beide als **suffecti.** — Danach tritt Mühlenbruch den Worten Schraders in der Inſtitutionenausgabe bei: **quando haec lex lata sit, parum constat**, während die meiſten Schriftſteller ſich für das Jahr 763. entſcheiden, aus Gründen, die freilich wenig darthun. Der bisher überſehene Beweis aber, daß in der That das Geſetz unter Auguſtus gegeben ſein muß, liegt in dem ſchon citirten **fr. 6. pr. de lib. et post.** Denn Labeo nahm bereits an, daß ein **spado** einen **postumus** inſtituiren könne, weil er adoptiren darf, und dies iſt eben die Ausdehnung des Princips der **lex Velleja** auf die juriſtiſchen **postumi**, mithin muß das Geſetz in die Lebenszeit dieſes Juriſten geſetzt werden.

Vergleichen wir nun damit die Data, welche uns für die Entſtehungszeit der **c. t. b. p.** aufbewahrt worden ſind. Man hat ſich hiebei vielfach auf Punkte berufen, deren Beweiskraft ich in keiner Weiſe anerkennen kann.

Es wird nämlich von vielen Schriftſtellern das Beſtehen dieſes Inſtitutes ſchon gegen das Ende der Republik hin angenommen. Förſter [1]), der ſich auf Sartorius [2]) beruft, führt

1) l. c. p. 142.

2) Diss. de bon. possessione, quam c. t. parentum liberi agno-

als Grund dafür an, daß das **Carb. edictum**, welches sich doch hauptsächlich auf die **c. t. b. p.** stützt, unzweifelhaft bereits in dieser Zeit bestanden habe.

Die Gründe, welche Sartorius für diese Behauptung hat, kenne ich nicht [3]), aber es läßt sich dieselbe vollkommen zugeben, ohne daß daraus für das Bestehen der **c. t.** das Geringste folgte. Das im §. 80. Gesagte führt dies von selbst mit sich. Das **Carb. edictum** ist ein Recht derselben **liberi**, welchen auch die **c. t.** zusteht. Aber die letztere erscheint gar nicht die nothwendige Voraussetzung, ohne welche jenes Institut nicht denkbar wäre. Beide sind eigenthümliche Rechte der **sui**, und es verstand sich ziemlich von selbst, daß seitdem eine **c. t. b. p.** bestand, das **Carbonianum edictum**, mag es nun schon vorher existirt haben oder nicht, daran angelehnt, oder wie Ulpian sagt, der **c. t. b. p.** angepaßt wurde [4]).

Ein fernerer Grund, daß die **c. t.** bereits zu Ciceros Zeit bestanden habe, wird von Huschke [5]) darin gefunden, daß theils die **missio ventris nomine**, theils die **c. t. b. p.** des Patrons zu dieser Zeit entschieden schon eingeführt waren. Aber von dem ersteren Institute gilt noch mehr das, was ich eben vom **Carbonianum edictum** sagte (s. §. 79.), denn hier ist ja gar nicht einmal jene auch nur formelle Verbindung mit der **prima pars edicti** in den Quellen vorhanden.

Was aber die **b. p.** des Patrons betrifft, so ruht diese auf so ganz von Grund aus verschiedenen Principien, daß wegen der Gleichheit des Namens durchaus nicht aus dem Bestehen des einen Instituts auf das des anderen geschlossen werden kann. Ich werde auf dies Recht des Patrons noch bei einer anderen Gelegenheit zurückkommen müssen. Ueberdem

---

scunt. Lips. 1775. Mir ist diese Schrift, trotz vielfacher Nachforschungen, nicht zugänglich gewesen.

3) Wenn es nicht der ist, daß Labeo die Carboniana b. p. bereits kennt. **Fr. 9. de Carb. ed.**

4) **Fr. 3. pr. de Carb. ed.** — **Carbonianum edictum aptatum est ad c. t. b. p. et intestati, quum et in sec. tab. in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum.**

5) Richterſche Jahrb. 1839. I. S. 18.

kennen wir ja auch das Edict über die b. p. in der Gestalt, die es zu Ciceros Zeit hatte, und diese scheint mir, wie bereits im ersten Bande hervorgehoben wurde, mit der gleichzeitigen Existenz der c. t. b. p. völlig unvereinbar.

Hiernach bleibt nur ein einziger sicherer Anhaltspunkt für die Entstehungszeit der c. t. b. p. übrig, nämlich der, daß Labeo dies Institut bereits entschieden gekannt hat [6]). Huschke will freilich daraus auf eine noch frühere Zeit zurückschließen, da sie bei diesem Juristen bereits „als etwas Bekanntes, und schon mit einer Ausdehnung“ vorkomme. Die Worte der angeführten Stelle lauten nämlich folgendermaßen:

> **In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint. Et hoc justissime eum fecisse, Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt.**

Daß die c. t., seitdem sie überhaupt im Edict proponirt war, von Labeo als etwas Bekanntes erwähnt wird, kann uns freilich, wie von jedem anderen Satze des Edicts, nicht Wunder nehmen. Daß aber hier schon von einer Ausdehnung der c. t. die Rede sei, muß ich läugnen. Sie wurde eingeführt, um die Accrescenzerben gegen die **extranei** zu begünstigen, unter den **sui** aber eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft herzustellen. Die Frage also, wen man zu den **extranei**, oder umgekehrt zu den **sui** zählen solle, mußte sich gleich zuerst aufdrängen; und in dieser Weise mußte, wie ich bereits im vorigen Kapitel ausgeführt habe, der in **adoptionem dati** sogut wie der **emancipati** gleich von Anfang an gedacht werden. Die Einführung der c. t. fällt schon in die Blüthe der Römischen Jurisprudenz, und da kann es uns doch nicht wundern, daß in dem Institute gleich mit gehöriger Ueberlegung Alles das aufgenommen wurde, was bei dem Zwecke, um dessentwillen man es aufstellte, und bei einem etwas geübten juristischen Nachdenken unmöglich übersehen werden konnte. Ist doch auch Labeos Ausspruch eben nur ein Lob, daß der Prätor sein Princip richtig auch bei den in **adopt. dati** durchgeführt habe, und dazu konnte der Jurist gerade bei einem erst neuer-

6) Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t.

dings eingeführten Institute am leichtesten veranlaßt werden. —

Ziehen wir jetzt den Schluß, so findet sich also, daß Labeo die **lex Velleja** und die **c. t. b. p.** bereits beide gekannt hat; und nur für den Lebenskreis dieses Mannes ist es ungewiß, welches Institut das frühere sei. So steht denn auch nichts entgegen, in Folge der eben angegebenen inneren Gründe anzunehmen, daß die **lex Velleja** das vorangehende war, auf welche die **c. t.** sehr bald gefolgt sein kann.

Ist es zu verwundern, wenn in der damaligen Zeit, wo man wahrlich im Stande war, Mängel des Rechtszustandes bald zu entdecken, in dem Kopfe eines klugen und billigen Prätors alsbald ein Rechtsinstitut ausgedacht wurde, welches er auch ins Leben einzuführen nicht zu zögern brauchte, da er weder über den Beifall des Volks noch der Juristen in Zweifel sein konnte. Es würde unnatürlich sein, anzunehmen, daß nicht bedeutende damals lebende Juristen, wenn sie nicht selbst Prätoren wurden, doch von den dazu Erwählten zur Berathung des aufzustellenden Edicts hinzugezogen worden wären, und daß sie nicht das aufgestellte alsbald der weiteren wissenschaftlichen Critik unterworfen hätten. Es ist, wie ich schon hervorhob, eine und dieselbe Rechtsentwicklung, daß man von der einen Seite das Notherbenrecht der **postumi** beschränkte, von der anderen Seite das der Accrescenzerben erweiterte, damit ein im Wesentlichen gleiches Notherbenrecht allen **sui heredes** zu Theil werde. Die geringe Zeit, welche zwischen den **postumi Aquiliani** und **Vellejani** liegt, überhaupt der Umstand, daß man diesen Gegenstand eines eigenen Volksschlusses werth hielt, zeigt wie viel Werth die Römer auf diese Rechtsentwicklung [7]) gelegt haben. Und so mag die **c. t.** in noch kürzerer Zeit der **lex Velleja** gefolgt sein, als diese sich an die Formel des Gallus Aquilius anschloß.

§. 102. Es bleibt nun noch die genauere Untersuchung

7) Die doch so rein privatrechtlich ist, während man im Allgemeinen **leges** nur findet, wo noch ein öffentliches Interesse hinzukam. Puchta Cursus der Inst. I. S. 285.

übrig, welches Urſprunges jene Regel geweſen ſein möge, daß man die Kinder männlichen Geſchlechtes **nominatim**, die Weiber dagegen nur **inter ceteros** zu exherediren habe [1]).

Wir müſſen freilich immer vor Augen behalten, daß ſie möglicherweiſe zuerſt vom Prätor in der **c. t.** aufgeſtellt wurde; und dann erſt von dieſer auf das Recht der **postumi** übertragen iſt. Freilich folgt daraus noch keineswegs mit Nothwendigkeit, daß nun auch die **c. t.** vor der **lex Velleja** ſchon beſtanden haben müſſe. Es iſt vollkommen denkbar, daß das Recht der **postumi**, wie jenes Geſetz es regulirte, die Veranlaſſung des Prätoriſchen Inſtitutes wurde, man aber anfangs bei den **postumi** ebenſogut wie bei den **sui jam nati** den Sohn allen Uebrigen entgegenſetzte, und erſt mit der Zeit jene Berückſichtigungsvorſchrift aus dem Prätoriſchen Recht auch für das Civilrecht adoptirte.

Aber auch dies iſt mir nicht wahrſcheinlich. Die Quellen enthalten nicht die geringſte Andeutung, daß wir hier das Prätoriſche Recht als das Vorbild, das Civilrecht als die Nachahmung aufzufaſſen hätten, und ſo iſt es denn ſchon von vorn herein das am nächſten Liegende, daß wenn ſich überhaupt nicht wohl denken läßt, wie man vor der **lex Velleja** auf die **c. t.** hätte kommen können, nun auch jener ſpecielle neue Rechtsſatz in dem Geſetze ſeine Wurzel haben müſſe. Und hierauf führen uns auch in der That die Quellenausſprüche, die aber freilich, wenn man ſie alle in vollkommenen Einklang mit einander bringen will, ganz eigenthümliche Schwierigkeiten darbieten, ſo daß von einer vollen Sicherheit wohl bei keinerlei Meinung die Rede ſein kann.

Es iſt eine ſehr bekannte Anſicht, daß die **lex Velleja** ſich überhaupt nur auf **postumi männlichen Geſchlechts** bezogen habe, weil in der damaligen Zeit das teſtamentariſche Erbrecht in Gemäßheit der **lex Voconia** den Frauen verſagt geweſen ſei [2]). Wenn dies richtig iſt, ſo leuchtet es ein, daß auch die **c. t. b. p.**, welche ja in dieſelbe Zeit fällt, ebenfalls nur männlichen Accrescenzerben zugeſtanden haben könne. Die

1) Gai. II. 132. Ulp. XXII. 21. 22.

2) Francke a. a. O. S. 31. Note 38. Mühlenbruch a. a. O. S. 214.

Frage betrifft also direct auch das Institut der **b. p.**, obgleich man sie freilich in Bezug auf diese nicht gerade besonders besprochen hat. Es würde also, wenn wirklich anfangs die **c. t.** so beschränkt gewesen wäre, zu untersuchen sein, durch welche Gründe sie dann auch auf die weiblichen Accrescenzerben ausgedehnt worden, in welcher Gestalt sie uns von Gaius (**II. 124. 125.**) vorgetragen wird.

Die hauptsächliche Veranlassung zu der Ansicht, daß wegen der **lex Voconia** die **Velleja** auf männliche **postumi** beschränkt gewesen sei, haben die Worte der letzteren gegeben, welche Scävola in **fr. 29. §. 12. de lib. et post.** in abgerissener Art citirt. Der Jurist will hier nämlich darthun, daß nach dem ersten Kapitel der **lex Velleja** Jeder instituirt werden kann, der **vivente testatore** als dessen **suus heres** geboren wird, wenn er auch, zur Zeit der Testamentserrichtung geboren, nicht sogleich **suus heres** geworden wäre. Scävola beruft sich hiefür auf die allgemeinen Ausdrücke des Gesetzes:

> **Qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt. . . .**

Während dem Scävola daran liegt, die Worte: **qui ei sui heredes futuri erunt** hervorzuheben, so interessirt uns hier die Frage, welcher Schlußsatz sich in der **lex Velleja** an die nebenbei mit angeführten Worte: **is omnes virilis sexus** geknüpft haben möge. Aus Scävolas Deduction ist offenbar hiefür nichts zu entnehmen, da er den uns interessirenden Passus gar nicht zu erklären die Absicht hat. Es müßte also erst aus anderen Gründen dargethan werden, daß derselbe eine Beziehung auf die **lex Voconia** enthält, so daß er nicht wohl umgekehrt gleich zur Bestätigung der Ansicht benutzt werden kann, es sei damals noch immer nicht die Erbeinsetzung der eigenen Tochter gestattet gewesen [3]).

Ebensogut nämlich, wie die fraglichen Worte auf die **lex Voconia** gedeutet werden können, lassen sie sich jedenfalls auch auf unsere Berücksichtigungsvorschrift beziehen, wie dies schon Cujacius angenommen hat [4]). Und an und für sich müßten

3) So schließt Mühlenbruch a. a. O.

4) Comm. ad tit. D. de lib. et post. ad l. 4. u. 29.

wir beide Deutungen als möglich dahin gestellt sein lassen, wenn nicht besondere Gründe hinzukämen, welche der letzteren den Vorzug geben.

Es ist vorerst nicht außer Acht zu lassen, daß die **lex Voconia** nur ein singuläres Gesetz war, während durch die **lex Velleja** ein **jus commune** eingeführt wurde. Jene bezog sich nämlich nur auf die Testamente der in die erste Censusklasse eingeschriebenen Bürger. Wenn nun auch die **lex Velleja** für diesen Fall die weiblichen **postumi** ausschloß, so mußte sie doch auf die übrigen Censusklassen ebenfalls Rücksicht nehmen, und für diese kann natürlich jetzt bereits der Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Geschlechts eingeführt worden sein, so daß die Gegner doch immer die Möglichkeit zugeben müssen, daß in den angeführten Worten der **lex Velleja** von dieser Berücksichtigungsvorschrift und nicht von der **lex Voconia** die Rede war. — Aber es kommt noch ein anderer Umstand hinzu, auf den bereits Cujacius aufmerksam macht. Es wird gewiß allgemein zugegeben werden, daß die Formel des Aquilius Gallus, welche der **lex Velleja** vorausging, keine größere Ausdehnung gehabt haben kann, als diese letztere; denn Aquilius mußte doch auf dem bestehenden Rechte fußen, und wenn die **lex Voconia** zu seiner Zeit noch für die Kinder galt, so konnte er unmöglich seine Formel so allgemein fassen, wie er es gethan hat: **sive quis mihi nepos, sive quae neptis** [5]). Eine Interpolation der Compilatoren, wodurch die Rücksichtnahme auf die **lex Voconia** gestrichen worden wäre, ist doch bisher noch nicht vermuthet, und auch nicht wahrscheinlich.

Hiernach müssen wir also wohl annehmen, daß zur Zeit der **lex Velleja** die Einsetzung der weiblichen Descendenten überhaupt möglich, mithin in diesem Punkte die **Voconia** antiquirt war. Und damit stimmt denn überein, daß wir so gar keine Spuren haben, die **c. t.** sei nicht gleich von Anfang an für alle Accrescenzerben, auch die **filiae** und **neptes**, eingeführt worden. Gaius hebt bei der Darstellung des Accrescenzerbrechtes, das dann, wie er hinzufügt, durch die **c. t.**

5) **Fr. 29. pr. de lib. et post.**

b. p. verbeſſert wurde, die filia ganz beſonders hervor, und danach iſt es nicht glaublich, daß zur Zeit, als die c. t. eingeführt ward, dies Accrescenzerbrecht den Weibern noch gar nicht zugeſtanden hätte, alſo die c. t. nur für die nepotes aufgeſtellt, und erſt ſpäter auf filiae und neptes ausgedehnt worden wäre. Beſtand aber für dieſe ſchon zur Zeit des Auguſtus das Accrescenzerbrecht, ſo können natürlich auch die Beſchränkungen der lex Voconia damals nicht mehr gegolten haben [6]). —

Aus den angeführten Gründen folgt, daß wir jenen fragmentariſchen Satz der lex Velleja auf die Vorſchrift, alle postumi männlichen Geſchlechts nominatim zu exheredіren, beziehen müſſen. Und dies ſtimmt nun auch mit einzelnen Ausſprüchen der Quellen zuſammen, welche dieſe Vorſchrift der lex Velleja ganz entſchieden zuſchreiben [7]). Aber ſo einfach, wie die Sache Manchem in Folge deſſen geſchienen hat [8]), iſt ſie nun doch nicht. Es giebt nämlich noch andere Stellen, die eine directe Zurückführung unſeres Satzes auf klare Worte der lex Velleja ganz unmöglich machen. Ulpian läßt die Vorſchrift der namentlichen Exheredation entſchieden nur für

6) Ich kann auf die lex Voconia ſelbſt hier nicht weiter eingehen. Vielleicht hat das Inſtitut der partitio legata, auf deren Zuſammenhang mit der l. Vocon. Bachofen aufmerkſam gemacht hat, den Anlaß zur Entſtehung des Accrescenzerbrechtes gegeben. Es war Sitte, den Töchtern in Concurrenz, mit anderen Geſchwiſtern einen Viriltheil zu legiren, extranei gegenüber konnten ſie nach der lex Voconia nur die Hälfte bekommen. Nun lag es nicht fern, da es ſich doch um eine Quote der Erbſchaft handelte, den Charakter des Legats abzuſtreifen, und dieſe Quote, auch wenn ſie präterirt waren, als ihnen hinterlaſſen zu fingiren. Das iſt aber grade jenes Accrescenzerbrecht, worin man nun leicht die nepotes der filia gleich behandeln konnte, da Beide ja auch in Bezug auf das Verkaufsrecht ſich gleich, und dem Sohne, der dreimal verkauft werden mußte, gegenüber ſtanden.

7) Fr. 3. §. 1. de inj. rupt. §. 2. I. in fin. de exhered. lib.

8) Winkler de lege Junia Velleja (opusc. I. p. 277.) reſtituirt den Satz folgendermaßen: qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt, instituendi vel nominatim exheredandi potestatem habeto.

den filius postumus gelten, während er ſie für die übrigen masculi postumi nur zweifelnd hinſtellt.

> XXII. 22. Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi praeter filium vel nominatim vel inter ceteros cum adjectione legati sunt exheredandi: sed tutius est tamen nominatim eos exheredari, et id observatur magis.

Ulpian könnte gar nicht ſo ſprechen, wenn eine klare geſetzliche Vorſchrift vorhanden geweſen wäre. Es war vielmehr Gewohnheitsrecht, auf welche ſich die Gleichſtellung der nepotes mit den Söhnen direct ſtützt. Ganz daſſelbe beweiſt auch Gaius, der hier wohl unbedenklich aus den Juſtinianeiſchen Inſtitutionen reſtituirt werden darf:

> II. 132. Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur.

Man ſieht, es war die gemeinſame Ueberzeugung der Juriſten (placuit), wonach der Enkel nicht ſchlechter ſtehen ſollte als der Sohn, und wir können auch wohl nicht zweifeln, daß dies zur ganz feſtſtehenden Praxis wurde. Ulpians Worte ſcheinen dem freilich entgegenzuſtehen, aber ſeine Ausdrucksweiſe iſt mehr dem Scheine als der Sache nach von Gaius verſchieden. Er meint, eigentlich müſſe doch für die postumi derſelbe Unterſchied zwiſchen dem filius und den Uebrigen wie bei den jam nati beſtehen, aber dennoch ſei es räthlicher, ſich nicht hiernach zu richten, und die Worte: et id observatur magis haben wohl keinen ſchwächeren Sinn, als das placuit des Gaius, d. h. es war ganz anerkannte Praxis, wie dies auch Ulpian in einer anderen Stelle unzweideutig ausſpricht.

> Fr. 3. pr. de inj. rupt. Postumi per virilem sexum descendentes ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant.

Dieſe Stelle muß freilich, wie ſchon Cujacius bemerkt, wegen der l. 4. C. de lib. praet. darin interpolirt ſein, daß man postumi per virilem sexum descendentes für postumi virilis sexus ſetzte, welches Letztere Ulpian lediglich

geschrieben haben kann. Im Uebrigen aber sehen wir deutlich daraus, daß Ulpian ebenso wie Gaius die Vorschrift der namentlichen Exheredation für **nepotes** als etwas durchaus Feststehendes betrachtete.

Wie lassen sich alle diese widerstrebenden Andeutungen der Quellen vereinigen? Wir haben ein Bruchstück der **lex Velleja** selbst, welches nicht wohl von etwas Anderem als der namentlichen Exheredation der **postumi** männlichen Geschlechts geredet haben kann, es bezeugen außerdem mehrere Stellen, daß die **lex Velleja** eine derartige Bestimmung enthalten habe, und doch soll sie nun nach anderen durch Gewohnheitsrecht, durch die Uebereinstimmung der Juristen hervorgerufen sein? Es scheint sich dies schwer mit einander zu reimen, aber dennoch ist eine lösende Antwort, bei der alle Aussprüche der Quellen ihr Recht behalten, möglich. Dies wird aus Folgendem sich ergeben.

Mühlenbruch nimmt an [9]), daß im ersten Kapitel der **lex Velleja**, in welchem jedenfalls die Worte: **is omnes virilis sexus** standen, keine Bestimmung über Exheredation enthalten sein konnte. Aber dies kann ich nicht zugeben. Allerdings unterscheidet Scävola beide Kapitel so, daß die **lex** im ersten »**permittit ut liceat instituti**«, im zweiten dagegen »**non permittit institui sed vetat rumpi**«. Der Gegensatz ist also der, daß die Bestimmungen der **lex** im ersten Kapitel positiv, im zweiten negativ sind. Aber darin liegt nicht, daß im ersten Kapitel nicht auch von der Exheredation die Rede habe sein können, ja müssen, wenn die positiven Bestimmungen vollständig sein sollten; und ich kann keineswegs finden, daß Scävola im **fr. 29. §. 12. cit.** so recht geflissentlich nur von der Institution gesprochen habe, indem der Jurist hier gar nicht von dieser im Gegensatz der Exheredation redet, sondern von der Zeit, wann der **filius** weggefallen sein müsse, damit der **nepos** gehörig berücksichtigt scheine.

Man muß nur, wie ich schon oben bemerkte, (§. 100. Note 9.) bedenken, daß die Juristen gar kein Interesse hatten, noch besonders die Exheredation zu erwähnen, da es allgemein

9) a. a. O. S. 212.

auf die Frage ankam, ob postumi berückſichtigt werden konnten, und unter dieſer Vorausſetzung fand man es unnöthig, noch immer ausdrücklich die Exheredation der Inſtitution für gleichartig zu erklären. Anders aber mußte man bei der Faſſung der lex ſelbſt verfahren, in der ſonſt eine Undeutlichkeit gelegen hätte, welche vermeiden zu müſſen, doch ſo ſehr nahe lag.

Dieſes Beides, ſowohl die Darſtellungsart der Juriſten, als die davon abweichende Faſſung der lex, geht aus fr. 29. §. 6. cit. hervor, wo offenbar aus dem erſten Kapitel argumentirt wird.

> **Melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate, praesertim post legem Vellejam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus post mortem natus suus esset, rumperetque praeteritus.**

Der Juriſt ſetzt hier die Inſtitution der Präterition entgegen, ohne der dritten Möglichkeit, der Exheredation, zu gedenken, und dieſe kann unmöglich mit in der Präterition begriffen ſein, er muß ſie alſo für ganz gleichartig mit der Inſtitution gehalten haben. Von der anderen Seite aber könnte der Juriſt nicht ſo entſchieden von der Ruption durch Präterition ſprechen, wenn nicht das erſte Kapitel der lex Velleja nur noch in dieſem Falle die Vernichtung des Teſtamentes anerkannt, alſo umgekehrt die Inſtitution und Exheredation erlaubt hätte. Wir dürfen mithin annehmen, daß der Juriſt, wenn er die Anſicht gehabt hätte, vollſtändig zu ſprechen, geſagt haben würde: **lex permittit, ut liceat institui vel exheredari.**

Außerdem ſcheint es mir kaum zweifelhaft, daß die lex Velleja in beiden Kapiteln noch den Satz enthalten habe, daß die postumae inter ceteros exheredirt werden könnten, ſobald ihnen nur etwas legirt werde. Juſtinians Inſtitutionen nämlich, und alſo auch wohl Gaius, tragen den Satz doppelt vor, ſowohl für die, welche gleich bei ihrer Geburt sui ſind, als

auch die, welche **in locum sui heredis** succediren. Und es geschieht mit besonderer Beziehung auf die **lex Velleja** [10]).

Hiernach mögen in dem ersten Kapitel der **lex Velleja** folgende zwei Sätze enthalten gewesen sein. Wie die Worte derselben gelautet, und ob sie in der Weise, wie ich es hier angebe, nebeneinander gestanden haben, dafür haben wir gar keine Anhaltspunkte. Es kommt mir also nur darauf an, den Sinn der Sätze anzugeben.

> Wer ein Testament macht, soll alle **postumi** männlichen Geschlechtes, welche ihm **sui heredes** sein werden, instituiren oder exheredіren dürfen. Den **postumae** muß, wenn sie nicht instituirt oder **nominatim** exheredirt sind, wenigstens etwas legirt werden.

Bei einer solchen Fassung erklären sich unsere Quellenaussprüche vollkommen. Es lag danach in der **lex Velleja** eine Undeutlichkeit, welcher durch die Interpretation der Juristen abgeholfen werden mußte. Von der namentlichen Exheredation war nur in Beziehung auf **postumae** ausdrücklich die Rede. Und so konnte Ulpian sagen, daß bei dem männlichen Geschlechte der Sohn und die **nepotes** eigentlich ebenso, wie wenn sie schon geboren waren, zu unterscheiden seien. Die allgemein überwiegende und auch sehr gut zu rechtfertigende Ansicht blieb aber doch, daß, da die **lex Velleja** nur bei den **postumae** ein **inter ceteros exheredare** erwähne, und nur unter der Voraussetzung einer Honorirung durch Legat erlaube, dies bei allen **postumi** männlichen Geschlechts nach dem Sinne des Gesetzes für unzulässig zu halten sei.

Wenn daher dieser Satz direct durch Uebereinstimmung der

---

10) Gai. II. 132. 134. §. 1. u. 2. I. de exher. liber. — Idque lege Junia Velleja provisum est, in qua simul **exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.** Es ist hier vom zweiten Kapitel die Rede, und indem uns bezeugt wird, daß man hier bei den quasi postumi auf die Exheredationsart der postumi verwiesen habe, so folgt doch auch, daß bereits im ersten Kapitel von der Exheredation und dem modus exheredationis (d. h. der Frage ob **nominatim** zu exheredіren sei oder nicht) die Rede war.

Juristen festgestellt worden ist (**placuit**), so ruht er doch ganz auf einer Interpretation der **lex Velleja**, und deßhalb konnte Ulpian sehr wohl, ohne sich zu widersprechen, an einem anderen Orte sich so aussprechen, als wenn er ausdrücklich in dem Gesetze angeordnet worden wäre:

> **Fr. 3. §. 1. de inj. rupto. — Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Vellejam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati.**

Daß Ulpian hier von den **postumi virilis sexus** redet, habe ich vorher schon bei der Mittheilung des Principiums dieses Fragments bemerkt. —

Ziehen wir nun das Resultat, um dessentwillen die in diesem §. enthaltene Untersuchung angestellt wurde. Wenn auch sich darüber nicht volle Sicherheit gewinnen läßt, wie die **lex Velleja** gesprochen habe, so scheint mir doch so viel nach dem Gesagten unläugbar, daß die Römer die namentliche Exheredation der männlichen **postumi** aus diesem Gesetze abgeleitet haben, daß für eine Entlehnung des Satzes aus dem Prätorischen Rechte gar keine Anhaltspunkte bestehen. Es bleibt daher nur die umgekehrte Annahme möglich, daß der Prätor sich auch hierin für seine **c. t. b. p.**, indem er die **lex Velleja** so interpretirte, wie sämmtliche Juristen, an das Civilrecht anlehnte. Und somit sind wir im Stande, den historischen Zusammenhang, in welchen die **c. t. b. p.** eingriff, mit wenigen Worten hier am Schlusse zusammenzustellen:

Die **sui** waren in der Zeit des Augustus sämmtlich unter gleiche Regeln des Notherbenrechts vereinigt worden. Die Institution und Exheredation ist nicht bloß bei den schon Vorhandenen, sondern auch den später Geborenen möglich, in Beziehung auf die bedingte Institution blieben freilich Verschiedenheiten, rücksichtlich der namentlichen Exheredation aber wurde die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts, wie sie von jeher zwischen schon lebenden **filii** und **filiae** bestanden hatte, auf alle **sui** sowie auch die fingirten **sui** übertragen. Die Wirkungen der Präterition waren ebenfalls für sämmtliche **liberi** im Wesentlichen gleichartig geworden, indem wenn nicht wahre Intestatsuccession, doch wenig-

ſtens nach dem Bilde derſelben eine in den materiellen Folgen gleiche Beerbung eintrat.

II. Die b. p. unde liberi.

§. 103. Zur Zeit, als die c. t. b. p. eingeführt wurde, beſtand die Prätoriſche Inteſtaterbfolge aus den Klaſſen der legitimi (mit den Unterabtheilungen der sui, agnati und gentiles), ferner der cognati und endlich der Ehegatten. Als nun der Prätor die Emancipirten neben den sui zur ſelbſtändigen c. t. hinzuzog, erkannte er damit an, daß, indem er ihre cap. diminutio als nicht geſchehen fingirte, ſie gleiches Recht haben ſollten, wie er den Accrescenzerben zugeſtanden, d. h., daß ſie neben den sui an einer Succeſſion Theil nahmen, welche der Inteſtaterbfolge materiell gleichſtehende Befugniſſe gewährte. Wenn alſo hier der Prätor im Gebiete des Notherbenrechts die emancipati der Inteſtaterbfolge annäherte, ſo mußte er doch nothwendig, wenn irgend eine Gleichmäßigkeit des Rechts vorhanden ſein ſollte, auch beim Nichtvorhandenſein eines Teſtaments ihnen dieſelben Rechte gewähren, welche bereits von Alters her den sui zugeſtanden hatten.

Alſo die Berufung der emancipati zur c. t. zog nothwendig auch ihr Inteſtaterbfolgerecht nach ſich [1]), es iſt gewiſſermaßen eine und dieſelbe Rechtsänderung, welche ſehr wohl zugleich mit jener Erweiterung der c. t. ins Edict aufgenommen ſein kann, ſowie es denn überhaupt das Grundprincip iſt, daß alle Succeſſionsregeln der c. t. b. p., namentlich die beſonderen daran ſich anſchließenden Nebeninſtitute [2]), von ſelbſt auch bei der b. p. unde liberi ſtatt finden. Deßhalb heißt es in fr. 1. §. 5. si tab. test. null.:

1) Dies ruht ebenſo, wie die c. t., auf der Reſciſſion der emancipatio. fr. 6. §. 1. de b. p.

2) Das Carbonianum edictum fr. 1. §. 4. si tab. t. null., die Collationspflicht der emancipati, fr. 6. si tab. t. null. fr. 20. §. 1. de b. p. c. t., die nova clausula fr. 5. pr. §. 2. si tab. testam. nullae. — Auch ſind die Regeln, wen man hier unter dem emancipatus verſtehe, dieſelben wie bei der c. t. fr. 1. §. 6. u. 7. fr. 4. fr. 5. §. 1. fr. 9. si tab. test. null.

Recte autem Praetor a liberis initium fecit ab intestato successionis, ut sicuti contra tabulas ipsis defert, ita et ab intestato ipsos vocet. §. 6. Liberos autem accipere debemus, quos ad c. t. b. p. admittendos diximus.

Wir können alſo hiernach auch nicht zweifeln, daß wir die **b. p. unde liberi** als eine Folge der **c. t. b. p.** aufzufaſſen haben, während nicht umgekehrt die **c. t.**, die ja gar nicht für Emancipirte eingeführt wurde, durch die **b. p unde liberi** hervorgerufen ſein kann. Die **c. t.** der Accrescenzerben hat mit der neuen Prätoriſchen Inteſtatklaſſe gar nichts zu thun, erſt in der Erweiterung der **c. t.** auf die Emancipirten liegt ihr Veranlaſſungsgrund.

So viel haben wir, wie mich dünkt, als unzweifelhaft anzunehmen, im Uebrigen aber fehlen uns für die genauere hiſtoriſche Verbindung beider Inſtitute alle Anhaltspunkte, und es kommt auch im Grunde darauf wenig an. Ob die **c. t.** der Emancipirten früher eingeführt wurde als die **b. p. unde liberi**, ob beide zugleich entſtanden ſind, wiſſen wir nicht. Ja es wäre auch denkbar, daß der Prätor zuerſt bei der Inteſtatſucceſſion auf die Gleichſtellung der **emancipati** mit den **sui** kam, daß er dies dann auch auf das Notherbenrecht erſtreckte, und nun erſt durch Uebertragung der für die **c. t.** beſtehenden Rechtsgrundſätze die **b. p. unde liberi** die Geſtalt bekam, welche unſere Quellen uns darlegen. Jedenfalls bleibt dabei immer der Satz beſtehen, daß die **c. t.** das Vorbild iſt, aus dem man die innere Geſtaltung der neuen Klaſſe entnahm.

Aber ſo ſehr auch das Notherbenrecht und die Inteſtaterbfolge der **emancipati** innerlich auf demſelben Principe ruhen, ſo mußte doch die äußere Form ihrer Einfügung in das Prätoriſche Erbſyſtem durchaus verſchieden ſein.

Die **c. t. b. p.** war ein Prätoriſches Inſtitut, das von Anfang an einer Erweiterung nicht entgegenſtand, ſo daß, als die Emancipirten den Accrescenzerben hinzugefügt wurden, man ſehr natürlich dieſe Erweiterung durchaus nicht als ein neues Inſtitut, eine neue Klaſſe, ſondern als ſubjective Ausdehnung der bereits beſtehenden Regeln anſah. Ganz anders aber mußte ſich die Sache geſtalten, als nun auch in der Inteſtat-

erbfolge die Gleichstellung der **emancipati** mit den **sui** bewirkt werden sollte.

Die erste Klasse, welche der Prätor bisher berief, waren allerdings die **sui**, und man könnte glauben, er habe nur diese Klasse in die der **liberi** zu erweitern brauchen, um die **emancipati** hinzuzuziehen. Aber nach dem Römischen Gesichtspunkte mußte dies als durchaus unmöglich erscheinen. — Diese erste Klasse wurde ja vom Prätor als erste Klasse des alten Civilrechts gerufen [3]), ganz so, wie auch die anderen beiden Klassen des **ordo unde legitimi**, die Agnaten und Gentilen, streng nach dem Rechte der 12 Tafeln die **b. p.** erhielten. Ebensogut wie es nun dem Prätor nach unserer obigen Darstellung unmöglich war, die Klasse der Agnaten zu erweitern, und darin auch die entfernteren Agnaten succediren zu lassen, wie er daher für die Letzteren eine eigene Klasse, den **ordo unde cognati** errichten mußte, so war auch für die **emancipati**, die unter den **legitimi** niemals eine Stelle finden konnten, kein anderes Mittel, als eine neue Klasse zu schaffen. Diese ließ sich aber nicht *hinter* den **sui** einschieben, weil sonst keine Gleichstellung der **sui** und **emancipati** bewirkt worden wäre, noch auch *vor* der Klasse der **sui** sich wenigstens in der Art aufstellen, daß darin die **emancipati** allein berufen wären, weil diese ja sonst wieder die **sui** hätten ausschließen können. So blieb mithin kein anderer Ausweg, als unter dem Gesichtspunkte der **liberi** die **sui** und **emancipati** *gemeinschaftlich* in einer dem **ordo unde legitimi** vorausgehenden Klasse zu rufen, welche also lediglich um der **emancipati** willen eingeführt ist, welche aber, um diesen weder ein besseres noch ein schlechteres Recht zu gewähren, nothwendig die Eigenthümlichkeit mit sich führen mußte, daß die **sui** jetzt zweimal hinter einander gerufen waren [4]). Endlich aber folgt

3) **Fr. 2. pr. unde legit.** — **Si repudiaverint sui ab intestato bonorum possessionem, adhuc dicemus, obstare eos legitimis, hoc est his, quibus legitima potuit deferri hereditas** (der Jurist bezeichnet damit etwas unbeholfen die Agnaten), **idcirco, quia repudiando *quasi liberi* bonorum possessionem, hanc incipiunt habere *quasi legitimi*. fr. 6. §. 2. de Carb. ed.**

4) Auffallend ist hier **fr. 1. pr. quis ordo in b. p. serv.**, wo Mode-

aus dem Geſagten, daß dieſer **ordo unde liberi** nur inſoweit **impugnandi juris civilis gratia** genannt werden kann, als jetzt den Emancipirten das Recht gegeben war, einestheils mit den **sui** zu concurriren [5]), und anderntheils die **agnati** ganz auszuſchließen [6]). —

Das Weſen der **b. p. unde liberi** iſt hiemit genügend entwickelt; es bleiben uns noch zwei beſondere Fragen, die aber auch mit kurzen Worten beantwortet werden können.

Die eine iſt nach den bedingenden und vernichtenden Beweiſen dieſer Klaſſe. Es leuchtet ein, daß der Prätor hier ebenſo wie bei der **c. t. b. p.** eine Nachweiſung im Allgemeinen verlangt haben muß, der Nachſuchende gehöre zu den **liberi** des Verſtorbenen (§. 98. Nro. 3.); aber die vielen einzelnen Fragen, die hier über die Gültigkeit der **b. p.** entſtehen

---

ſtin in der erſten Klaſſe nur die **sui** erwähnt, während Ulpian in **fr. 1. §. 1. si tab. test. nullae** ſagt, die vier Klaſſen der Inteſtatſucceſſion ſeien die der **liberi, legitimi, cognati, vir et uxor.** Modeſtin thut dies, um hervorzuheben, daß die Emancipirten, welche er im §. 2. noch beſonders erwähnt, als *fingirte* **sui** ſuccediren. Ebenſo haben wir ſchon geſehen, daß Gaius die Klaſſe **unde liberi** ihrem inneren Weſen nach lediglich als Emendation der ſchon für die **sui** beſtehenden auffaßt (ſ. §. 68. Note 13.). Daher kam es, daß man nur den **ordo unde legitimi**, aus dem auch die Gentilen wegfielen, häufig ganz und gar mit der mittleren darin enthaltenen Klaſſe, der *Agnaten*, identificirte, weßhalb Gaius **III. 27.** die Agnatenklaſſe den **secundus gradus** nennt, und Julian in **fr. 4. §. 1. quis ordo** ſagt, der **filius** werde zum zweitenmale (nicht als **legitimus**, wie es eigentlich heißen müßte, ſondern) als **agnatus** gerufen. An und für ſich iſt dies nur eine verſchiedene Ausdrucksweiſe, wodurch in der Sache nichts geändert wird. Aber mir ſcheint dies doch in einer wahren Rechtsänderung ſeinen Grund zu haben, daß nämlich ſeit Einführung des **ordo unde liberi** eine beſondere Agnitionsfriſt für die **sui** vor der Agnatenklaſſe nicht mehr berechnet wurde. Ich werde darauf im fünften Kapitel zurückkommen.

5) **Fr. 10. de collat. fr. 3. de dot. coll.**

6) Alſo gegen den **scriptus heres** hat ſie keine Bedeutung, ſo daß dieſer, dem gegen die **c. t. b. p.** kein Recht zuſteht, die **b. p. unde liberi** zur **sine re** machen kann. S. das Bd. I. S. 237. erörterte **fr. 2. si tab. test. null.** — Uebrigens kann auch die **b. p. unde liberi** als eine **c. t.** fingirt werden. **fr. 5. pr. de dol. coll.**

können, weil der b. possessor nicht der Nächste in seiner stirps sei, weil er untergeschoben worden, oder schon vor der Agnition eine status mutatio erlitten habe, dürfen wir ebenso unbedenklich wie bei der c. t. b. p. zu den vernichtenden Beweisen zählen. Von dem letzteren Beispiele zeigt dies ausdrücklich fr. 9. si tab. test. null.:

> Si posteaquam filius emancipatus bonorum possessionem patris petiit, statum suam mutavit, nihil obesse ei, quominus id quod acquisiit, retineat (d. h. die b. p. wird dadurch nicht zur non data); quodsi prius conditionem suum mutavit, b. p. eum petere non posse.

Das prius deutet doch auf die Erbittung der b. p., welche trotz einer vorgängigen status mutatio vorgekommen sein kann, und eigentlich sagt der Jurist scheinbar widersinnig: quodsi prius quam petiit b. p. conditionem mutavit, b. p. eum petere non posse. Er will aber offenbar nichts Anderes ausdrücken, als daß, wenn die status mutatio schon bekannt ist, der welcher b. p. nachsuchen will, sie nicht erlangen kann, wogegen, wenn ihm dennoch die b. p. ertheilt worden war, er id quod acquisiit retinere non potest, d. h. die b. p. als nicht ertheilt angesehen wird.

Außerdem bestand für die Ertheilung der b. p. unde liberi noch die Bedingung, daß die vorausgehenden Fristen der b. p. contra und secundum tabulas unbenutzt verstrichen seien, ja auch wohl, daß nicht schon die scripti heredes durch her. aditio sich entschieden die Erbschaft angeeignet hätten (Note 6.). Dies setzt regelmäßig keinen vom Nachsuchenden zu liefernden Beweis voraus, aber es konnte umgekehrt durch einen vom Agnoscirenden zu liefernden Beweis die Ertheilung der b. p. unde liberi verfrüht werden, sobald er es nämlich als sicher herausstellte, daß wegen eines Mangels des Testamentes, oder wegen Repudiation der vorher Berufenen die vorausgehenden bonorum possessiones nicht eintreten würden [7]). —

---

7) Fr. 3. si t. t. null. — B. p. potest peti ab intestato, si certum sit, tabulas non exstare septem testium signis signatas.

Die zweite Frage, die hier noch der Erwähnung bedarf, iſt mehr wie billig zum Gegenſtande des Streits geworden [8]); ob nämlich in der Klaſſe **unde liberi** eine **graduum successio** beſtanden habe oder nicht. Mir ſcheint die verneinende Antwort gar kein Bedenken zu haben. In dieſer Klaſſe ſtehen die **liberi** gar nicht als cognatiſche Kinder, ſondern lediglich als wahre oder fingirte **sui heredes**. **Suus heres** aber iſt der, welchem zu der Zeit, wo die Inteſtatſucceſſion deferirt wird, keine Mittelsperſon zwiſchen ihm und dem Erblaſſer entgegenſteht. Nur wenn das Recht einer ſolchen Mittelsperſon, wie Paulus ſagt, **abscissum est** [9]), kommt der Nachfolgende in Betracht, und die Römiſchen Juriſten fragen bei der **b. p. unde liberi** wie bei der **c. t.** lediglich danach, wer zur Zeit, wo deferirt wird, wirklicher oder fingirter **suus heres** war [10]), alſo wenn dieſer **suus** nach der Zeit, wo der Erblaſſer **intestatus** geſtorben war (**si intestato moritur**), wieder wegfällt, ſo kann von einem Einrücken des **nepos** gar nicht die Rede ſein, weil ihm das Requiſit des **suus heres** fehlt, was das allein Maaßgebende iſt. Als cognatiſcher Deſcendent hat er lediglich ein Recht auf die **b. p. unde cognati**.

Die einzige Ausnahme von dieſem Principe iſt das oben dargeſtellte **edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus**, aber der Ausnahmscharakter zeigt ſich auch hier ſehr ſchlagend darin, daß man den **nepotes** lediglich einen Theil

---

fr. 1. §. 8. eod. Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere (fr. 1. §. 10. de b. p. sec. tab.), dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui b. p. acceperunt. fr. 1. §. 3. eod. Plane si tempora quidem petendae bonorum possessionis ex testamento largiebantur, verumtamen repudiata est b. p., dicendum erit ab intestato b. p. jam incipere, quum enim is, qui repudiavit, petere b. p. non potest, post repudiationem, consequens erit, ut ab intestato posse peti incipiat.

8) S. v. Vangerow Leitfaden. II. §. 407.

9) Fr. 9. §. 2. de lib. et post.

10) Fr. 7. pr. si tab. test. null. fr. 4. §. 1. de c. t. b. p. fr. 1. §. 8. de suis et legitimis.

von dem zusprach, was dem Vater, in Folge seiner Fiction als **suus heres** eigentlich allein zugefallen wäre. Also den übrigen **liberi** gegenüber hat man das Princip doch vollkommen aufrecht erhalten. Ja noch mehr. Es giebt einen Fall, wo die **nepotes** auch nicht einmal ihrem Vater gegenüber zugelassen werden. Während nämlich im Uebrigen die instituirten **in adoptionem dati liberi** zur **c. t. b. p. commisso per alium edicto** zugelassen werden, so ist dies Recht doch den **nepotes**, wenn ihr emancipirter Vater noch vorhanden ist, entzogen (§. 87. Note 12.). Und sie sollten es auch nicht einmal durch **graduum successio** erlangen [11]), offenbar weil diese überhaupt bei der **c. t. b. p.** nicht möglich ist. Ein solcher Fall kann nun freilich bei der **b. p. unde liberi** nicht vorkommen, aber er beweist nichts destoweniger für sie, da er nichts als ein Ausfluß des allgemeinen Princips der **c. t. b. p.** ist, und dies Princip ganz gleichmäßig auch für die **b. p. unde liberi** gilt.

11) **Fr. 13. §. 1. de b. p. c. t.**

Viertes Kapitel.

Veränderungen der secundum tabulas b. p. in der klaſſiſchen Juriſtenzeit.

§. 104. Wir gelangen jetzt bei der Erörterung der im Gebiete der Erbklaſſen eingetretenen Erweiterungen auf den letzten Punkt. Es ſind nicht bloß zu den beiden dem Civilrecht bekannten Klaſſen (der teſtamentariſchen Erben und der legitimi), die beiden ſuppletoriſchen ordines (unde cognati und unde vir et uxor) ſowie die zwei correctoriſchen (contra tabulas und unde liberi) hinzugefügt worden, ſondern es haben ſich auch im Gebiete der secundum tabulas b. p. noch zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten Veränderungen zugetragen, die von der urſprünglichen Geſtalt dieſer Klaſſe genau zu ſcheiden ſind. Dieſe haben wir jetzt kennen zu lernen.

Jene urſprüngliche Geſtalt iſt im erſten Bande vollſtändig dargeſtellt worden, und ich habe dort bereits am Ende des §. 30. auf das hier daran Anzuknüpfende verwieſen. Weit entfernt, daß es mit dem Grundprincip der sec. tab. b. p. im Widerſpruch ſtände, ſchließt es ſich vielmehr in ſehr natürlicher Weiſe an daſſelbe an, und bietet einen Complex von Ausnahmen dar, wie ſie das praktiſche Leben ſehr leicht aus der Regel ſelbſt hervorrufen konnte. Wir werden gerade durch die Art, wie die Quellen dieſe Ausnahmen darſtellen, um deſto

mehr das oben gewonnene Resultat sich bestätigen sehen, daß die **sec. tab. b. p.** ihrem Grundwesen nach auch noch zur Zeit der klassischen Juristen durchaus eine **confirmandi juris civilis gratia** bestehende Klasse war; d. h. daß der Prätor als Hauptabsicht stets vor Augen hatte, dem **scriptus heres** (also dem in einem gültigen Civiltestamente Eingesetzten) in Folge leicht zu erbringender Beweise rasch zum Besitze des Vermögens zu verhelfen. Diese bedingenden Beweise waren die Vorbringung eines Testaments mit sieben Siegeln und die Nachweisung, daß der Testator als **civis Romanus** und **sui juris** gestorben sei, woraus man in Folge einer meist zutreffenden Wahrscheinlichkeitsrechnung präsumiren konnte, die Urkunde sei ein vollkommen gültiges Civiltestament, der Eingesetzte wahrer Civilerbe. Darin aber liegt, daß, sobald die Wahrheit der Wahrscheinlichkeitsrechnung widersprach, d. h. sobald trotz des Vorhandenseins jener bedingenden Beweise das Testament sich aus gleichviel welchem Grunde als ungültig erwies, von einer **sec. tab. b. p.** nicht mehr die Rede sein konnte, also die schon ertheilte als **non data** erschien, die noch zu ertheilende verweigert wurde.

Dieser Satz hat ursprünglich ganz ausnahmslos gegolten, und an ihn knüpfen sich nun die weiteren Ausdehnungen der **sec. tab. b. p.** an. Wenn auch der Prätor im Allgemeinen bei dem Satze stehen blieb, daß die Constatirung eines Nichtigkeitsgrundes des Testaments die **sec. tab.** zur **non data** mache oder ihre Ertheilung verhindere, so gab es doch einzelne Regeln im Civilrecht, von denen man sich gestehen mußte, daß sie gar zu streng seien. Sämmtliche Formvorschriften bei der Errichtung, ferner mancherlei Umstände, die um des Interesses anderer Personen willen bei einem Testamente in Betracht kamen, waren von dem Civilrechte alle gleichmäßig unter den strengen Satz gebracht worden, daß ihre Nichtberücksichtigung stets völlige Nichtigkeit bewirkte. Und wenn auch der Prätor gar nicht gemeint war, diesen Satz völlig zu verlassen, so konnten doch die Formfehler gar zu unbedeutend sein, es konnten Fälle vorkommen, wo die Personen, um derentwillen man die Nichtigkeit des Testamentes annahm, gar nicht mehr vorhanden waren, oder wenigstens keine

Ansprüche machten. Der letzte Wille war also doch noch immer unter genügenden Formalitäten errichtet worden; daß er nicht untergeschoben sei, daß er vom Erblasser wirklich herrühre, stand vollkommen fest, es stand auch nicht das Interesse Anderer im Wege. Was war daher natürlicher, als daß auch hier wieder der allgemeine favor testamentorum seine Wirkungen äußerte, daß man die vom Civilrecht vorgeschriebene Nichtigkeit für eine juris scrupulositas erklärte, und in solchen Fällen die Erbeinsetzung so gut wie die Nebenbestimmungen des Testaments aufrecht zu erhalten strebte? Hier lag nun wiederum nichts näher, als daß der Prätor es war, welcher das Civilrecht emendirte, d. h. daß er erklärte, wegen eines derartigen unbedeutenden Nichtigkeitsgrundes solle eine ertheilte sec. tab. b. p. nicht zur non data werden, so wie auch dessen Bekanntsein die Agnition nicht verhindern; m. a. W. aus einem nach den angegebenen Gründen nichtigen Testamente solle dennoch eine gültige sec. tab. b. p. agnoscirt werden dürfen.

Dies ist im Allgemeinen die Charakteristik dessen, was uns im Folgenden beschäftigen wird. Sie bedarf in doppelter Hinsicht der genaueren Untersuchung. Einmal nämlich haben wir die Testamentsfehler, bei denen der Prätor vom Civilrecht abwich, eben nur oberflächlich unter die beiden Gesichtspunkte gebracht, daß aus unbedeutenden Formmängeln, sowie aus dem Dazwischentreten anderer interessirter Personen, die dann doch später wieder weggefallen sind, der testamentarischen Successsion kein Hinderniß erwachsen solle. Aus dieser äußerlichen Umschreibung ist aber noch nicht mit innerer Nothwendigkeit zu folgern, welche einzelnen Fälle der Prätor begünstigt habe. Offenbar kann hier aus der Natur der Sache gar nichts abgeleitet werden, es kommt lediglich auf die rein historische Untersuchung an, welche positive Fortbildung das Römische Recht in dieser Hinsicht erfahren habe. Die Quellen enthalten nun vier Fälle, in denen das Prätorische Recht die Gültigkeit des Testaments dem Civilrecht gegenüber anerkennt. In allen übrigen Fällen also läßt sich jedenfalls nicht beweisen, daß der Prätor von den Grundsätzen des Civilrechts abgewichen sei, denn eine Möglichkeit, daß der Prätor es recht gut habe thun

können, läßt sich immerhin in manchen Punkten gern zugeben, ist aber für die Frage, ob er es wirklich gethan hat, von keiner Bedeutung. Ueberdem aber kann es in den meisten Fällen, und gerade in denen, welche am ersten Zweifel zu erregen geeignet sind, entschieden bewiesen werden, daß wegen civiler Nichtigkeit des Testamentes gleichmäßig nach civilem wie Prätorischem Rechte die Unmöglichkeit der testamentarischen Succession anerkannt wurde.

Die folgende Darstellung muß aber ferner noch auf etwas Anderes Rücksicht nehmen. Ich sagte vorher bloß, daß der Prätor in den fraglichen vier Fällen die Gültigkeit der **sec. tab. b. p.** anerkannt habe. Aber damit ist noch nicht bestimmt, gegen welche Personen sie wirksam sein soll. Eine **b. p. sine re** ist auch eine gültige **b. p.**, aber sie verliert durch das Auftreten des **heres** ihren **effectus**, ihre Wirksamkeit. In Beziehung hierauf werden wir nun im Folgenden finden, daß das Römische Recht zwei Schritte gethan hat, die auch nach den Entstehungsquellen genau zu scheiden sind. Den ersten Schritt that der Prätor, er bezieht sich gleichmäßig auf alle vier Fälle, aber er ist, rücksichtlich der Wirkung der schwächere, indem er nur den Charakter einer **supplendi juris civilis gratia** eingeführten Neuerung an sich trägt. Der zweite Schritt dagegen ist im Verhältniß zum bisherigen Civilrecht correctorisch, aber er ist in sich selbst ein civilrechtlicher, indem er auf kaiserlichen Rescripten ruht, welche direct in die vom Prätor eingeführte Gestalt der **b. p.** eingriffen. Er bezieht sich auch nur auf zwei von jenen vier Fällen, weßhalb dadurch das bisherige schwächere Prätorische Recht gar nicht ganz aufgehoben ist. — Ich werde danach die nachfolgende Entwicklung in zwei Theile trennen. Was ich hier mitzutheilen habe, entnehme ich den Hauptpunkten nach aus meiner früher erschienenen **historia bonorum possessionis secundum tabulas** (Cap. II. und III.), deren Resultate ich noch jetzt mit Ausnahme einiger Punkte für richtig halte. Wenn ich nicht den Zusammenhang dieses Werks völlig zerstören wollte, konnte ich es nicht unterlassen, das dort Gesagte in seinen Grundzügen und mit einigen Verbesserungen hier zu wiederholen.

I. Die Prätoriſchen Veränderungen in der sec. tab. b. p.

§. 105. Es iſt von beſonderem Werthe, daß Gaius uns hier eine ſo vollſtändige Quelle iſt, wie wir dies eigentlich gar nicht erwarten konnten. Die rein prätoriſchen Veränderungen in der sec. tab. b. p. waren zu ſeiner Zeit theilweiſe bereits durch die ſpäteren Kaiſerreſcripte umgeſtaltet. Nichtsdeſtoweniger aber theilt er die Prätoriſchen Regeln erſt vollſtändig mit, und fügt dann beſonders hinzu, was durch kaiſerliche Beſtimmung verändert worden ſei. Glücklicherweiſe iſt nun jenes Erſtere ganz leſerlich (II. 147—149), wogegen dann das Folgende nur ſo weit zu entziffern iſt, daß wir ſehen, es ſei im §. 157. von dem Reſcript des Antonin die Rede geweſen. Hievon aber hatte Gaius ſchon im §. 120. geſprochen, und an dieſem Orte ſind ſeine Worte vollkommen lesbar. Da wir nun außerdem von den Prätoriſchen Beſtimmungen ſowie den Kaiſerreſcripten auch noch in mehren Pandektenfragmenten beſtätigende Nachrichten finden, ſo ſind wir dadurch, wie ich glaube, in den Stand geſetzt, uns ein klares und vollſtändiges Bild der ganzen Rechtsentwicklung conſtruiren zu können.

Ueber jene Prätoriſchen Beſtimmungen ſagt nun Gaius Folgendes. Er ſpricht nur von drei Fällen der vitiöſen Teſtamente, und zwar offenbar nicht bloß als zufällig gewählten Beiſpielen, ſondern ſeine öftere Wiederholung derſelben, die auch überdies mit einer Stelle Ulpians übereinſtimmt, zeigt deutlich, daß die Regel des Prätoriſchen Edictes, welche er hier vorträgt, ſich lediglich auf dieſe Fälle bezog. Den vierten Fall, in dem wir allerdings noch ein Abweichen des Prätors vom Civilrecht anzuerkennen haben, werden wir dann hinterdrein noch einer abgeſonderten Prüfung unterwerfen, und dabei finden, daß er ganz mit Recht von Gaius hier nicht mit den anderen dreien auf dieſelbe Stufe geſtellt werden konnte. Von dieſen dreien ſpricht nun Gaius zuerſt ganz denſelben allgemeinen Satz aus, den ich ſchon im vorigen § hervorgehoben habe, nämlich, wenn gleich das Teſtament nach Civilrecht ungültig ſei, ſo ſei es doch damit nicht ganz unwirkſam, ſondern es könne eine gültige b. p. daraus agnoscirt werden.

II. 147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jure facta sunt, vel jure facta postea irrita facta, aut rupta sunt; nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit [1]).

Alſo wenn nur die bedingenden Beweiſe der sec. tab. b. p. vorliegen, ſo giebt der Prätor jedenfalls eine sec. tab. b. p., wenn es gleich ganz entſchieden iſt, daß das Teſtament non jure factum, irritum oder ruptum ſei, und natürlich kann daher auch, wenn hinterdrein dieſe Fehler zu Tage kommen, dies der einmal ertheilten b. p. keinen Eintrag thun. Dies iſt eben das Unterſcheidende, von den Wirkungen, welche abgeſehen von dieſen drei Fällen, das Bekanntwerden eines Nichtigkeitsgrundes des Teſtaments hervorruft. Wir brauchen nur dieſe Stellen des Gaius und Ulpian mit dem Band I. S. 185. citirten Fragmente zu vergleichen, um davon völlig überzeugt zu werden. Dort heißt es, trotz des Vorhandenſeins der bedingenden Beweiſe: sec. tab. b. p. dari non potest, alſo wenn der vernichtende Beweis vorliegt, ſo folgt daraus die Unmöglichkeit der b. p., hier ſagen die Juriſten umgekehrt b. p. datur, peti potest, mithin ſoll, ſobald nur die bedingenden Beweiſe vorliegen, die unbezweifelte civilrechtliche Nichtigkeit des Teſtaments kein Hinderungsgrund der b. p. ſein.

Der neue Prätoriſche Rechtsſatz iſt alſo: daß die Gründe, wonach das Teſtament als non jure factum, irritum und ruptum erſchien, nicht mehr wie früher als vernichtende Beweiſe der sec. tab. b. p. gelten ſollten, er wollte mithin die

1) Daſſelbe ſagt Ulpian XXIII. 6.: Si septem signis testium signatum sit testamentum, (alſo wenn auch im Uebrigen das Teſtament non jure factum iſt, wie dies Ulpian an einer anderen Stelle XXVIII. 6. noch deutlicher angiebt), licet jure civili ruptum vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredis juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit.

teſtamentariſche Succeſſion in dieſen Fällen als eine gültige betrachtet wiſſen, m. a. W. er erklärte hier das civilrechtlich nichtige Teſtament für ein prätoriſch gültiges.

Dies aber heißt an und für ſich noch nichts weiter, als daß das Teſtament nicht mehr wie bisher eine in ſich ſelbſt abſolut ungültige Urkunde ſein ſolle. Es wäre denkbar, daß der Prätor nur, wenn die **bona** ſonſt **vacantia** werden würden, die Wirkſamkeit des Teſtaments habe anerkennen wollen. Denn im Bisherigen liegt lediglich, daß der Prätor verſpricht, er wolle nicht ſchon deßhalb, weil das Teſtament in ſich ſelbſt nichtig ſei, den Inſtituirten vertreiben. Der Satz iſt alſo ſeinem Sinne nach rein negativ, wie weit ſich nun die Wirkungen des aufrecht erhaltenen Teſtamentes anderen Perſonen gegenüber erſtrecken ſollen, welche aus deſſen Nichtigkeit Erbanſprüche ableiten, iſt damit noch nicht geſagt. Dies beſtimmen denn auch beide Juriſten, Gaius und Ulpian, in den angeführten Stellen gleich noch genauer. Ulpian ſetzt nur kurz hinzu:

> **quam bonorum possessionem cum re, id est, cum effectu habet, si nemo alius jure heres sit.**

Wir ſehen hieraus ſchon, daß der Prätor doch weiter ging, als was ſeine Beſtimmung im ſchwächſten Sinne, der ſich denken läßt, heißen könnte. Der Eingeſetzte ſoll nicht bloß, wenn ſonſt die **bona vacantia** ſein würden, im Vermögen geſchützt werden, er ſoll es vielmehr ſtets behalten, wenn nur nicht ein **heres ex jure** (civili) vorhanden iſt, und (das haben wir natürlicher Weiſe hinzuzudenken) Anſprüche macht. Gaius ſpricht dies noch viel weitläuftiger und deutlicher aus:

> **II. 148. Qui secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non jure factae sint, aut jure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere, habebunt bonorum possessionem cum re, si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt b. p. sine re. §. 149. Nam si quis heres jure civili institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato jure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avo-**

care: si vero nemo sit alius jure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt.

Alſo die Civilerben (teſtamentariſche wie Inteſtaterben) ſind es allein, welche dem in dem vitiöſen Teſtament Eingeſetzten das Vermögen wegnehmen können, abgeſehen davon aber behandelt der Prätor es als ein gültiges Teſtament. Hieraus geht hervor, von wie großer Bedeutung die Rechtsänderung iſt, die wir den Prätor hier vornehmen ſehen. Sie unterſcheidet ſich von dem bisherigen Recht ganz nach den Regeln, wie ſich nach unſerer früheren Entwicklung (Bd. I. S. 227.) die **b. p. quae data non intelligitur** und die **b. p. sine re** einander gegenüber ſtehen. Früher fiel, wie bei allen anderen Teſtamentsmängeln, ſo auch bei dem **test. non jure fact., irritum**, und **ruptum**, die **b. p. sec. tab.**, auch wenn dadurch die **bona vacantia** wurden, ſchon in ſich ſelbſt zuſammen, ſobald das **vitium** offenbar wurde; es konnte alſo jedenfalls wie bei jeder nichtigen **b. p.**, von einer vorhandenen folgenden Klaſſe **b. p.** agnoscirt werden, es waren gar nicht bloß die Civilerben, ſondern auch Cognaten und Ehegatten, welche an die Stelle des Inſtituirten treten konnten. Jetzt aber, wo die **sec. tab. b. p.** als eine an und für ſich gültige angenommen wird, kann nie der Eingeſetzte ohne das entſchiedene Auftreten anderer Erbberechtigter removirt werden, dies können auch nur die ſein, welche im einzelnen Fall das Civilrecht ruft, alſo die Cognaten und Ehegatten ſind ſtets ausgeſchloſſen, und endlich können die Civilerben ihr Recht, da einmal eine gültige **b. p.** an den Inſtituirten als ertheilt angenommen wird, nur noch durch **hereditatis petitio**, nicht mehr durch eigene Agnition der **b. p.** geltend machen. Die Worte des Gaius beweiſen dies ohne alle Frage.

Wir können uns hiernach das Verhältniß, in welches der neue Rechtsſatz zu dem bisherigen Syſtem der Prätoriſchen Erbklaſſen trat, folgendermaßen verdeutlichen. Die Reihenfolge, nach der ſich die Berechtigung zum Behalten der Erbſchaft richtet, iſt:

1) **contra tabulas b. p.**

2) **secundum tabulas** (**jure factas**, d. h. die Klaſſe, deren Bedeutung durch unſere Prätoriſche Rechtsänderung gar nicht verändert wurde).

3) **unde liberi**, und **unde legitimi.**

4) **secundum tabulas non jure factas, irritas, ruptas.**

5) **unde cognati** und **vir et uxor.**

Dieſe Reihenfolge konnte aber erklärlicher Weiſe nicht zugleich die der Friſten ſein, in denen dieſe **bonorum possessiones** agnoscirt werden, vielmehr mußte in dieſer Hinſicht die bisherige Klaſſe der **sec. tab. b. p.** mit der neuen für die drei vitiöſen Teſtamentsfälle geſchaffenen äußerlich ein einziges Ganzes darbieten, ſo daß es den Anſchein hat, daß die vom Prätor aufrechterhaltenen Teſtamente, die doch der Berechtigung nach hinter den **legitimi** ſtehen, ihnen voraufgingen, was auch in ſo weit richtig iſt, daß allerdings keine der vier Inteſtatklaſſen nach einmal agnoscirter **sec. tab.** die **b. p.** mehr erhalten kann.

Die Grundſätze der bedingenden und vernichtenden Beweiſe bei der **sec. tab.** führten dies von ſelbſt mit ſich. Bei der Ertheilung der **b. p.** ſteht ein Teſtament, das völlig gültig iſt, dem mit einem jener drei Fehler behafteten vollkommen gleich. Es wird, wenn letztere bekannt ſind, ebenſo wie aus einem völlig gültigen Teſtament die **b. p.** in Folge der bedingenden Beweiſe gegeben, weil jene drei Fehler nicht mehr als vernichtende Beweiſe gelten, während alle anderen **vitia** des Teſtamentes, die ſchon conſtatirt ſind, von Anfang an ein Hinderniß der Agnition bilden. Falls aber erſt nach der Erbittung der Teſtamentsfehler zu Tage kommt, ſo tritt nun der große Unterſchied zwiſchen der alten **sec. tab. b. p.** aus einem gültigen Teſtamente und der neuen aus jenen vitiöſen Teſtamenten ein. Jene iſt nicht bloß ein Hinderniß aller weiteren Ertheilung der **b. p.** an die folgenden Klaſſen, ſondern auch aller Geltendmachung des Civilrechts mittelſt der **her. pet.** Dieſe dagegen enthält lediglich ein Hinderniß der weiteren Ertheilung der **b. p.**, denn es iſt ja nur der Prätor, welcher dieſe Teſtamente für gültig erklärt, ohne damit dem Recht des **heres** zu nahe treten zu wollen. Dieſe **jure praetorio** gültigen Teſtamente ſind alſo freilich von den übrigen civilrechtlich vitiöſen Teſtamenten genau geſchieden, denn letztere haben auch nach Prätoriſchen Grundſätzen gar keine Wirkung, erſtere dagegen ſchließen alle die aus, welche lediglich nach

Prätorischem Recht Erbansprüche haben (also **unde liberi, cognati** und **vir et uxor**). Ferner bewirken sie auch, als Prätorisch gültige Testamente, daß die Civilklassen, welche hinter der testamentarischen gerufen werden (also **unde legitimi**), auf die **bon. poss.** keinen Anspruch mehr haben können. Aber weiter geht auch ihr Recht nicht; weil das Testament, worauf sie sich stützen, civilrechtlich ungültig ist, und der Prätor gar nicht die Absicht hat, correctorisch gegen das Civilrecht aufzutreten, so folgt, daß nicht allein jeder in einem gültigen Testament Eingesetzte, sondern auch in dessen Ermangelung der **suus** oder sonst der **proximus agnatus** sein civiles Recht d. h. die **her. petitio**, mit Erfolg gegen sie durchsetzen kann, also der inneren Berechtigung nach stehen die vitiösen Testamente hinter den **legitimi**.

Die Prätorische Rechtsänderung können wir hiernach sehr einfach so charakterisiren: der Prätor erklärt einzelne nach einer reinen **juris scrupulositas** ungültige Testamente für gültig, aber er thut dies doch nur **supplendi** oder **emendandi juris civilis gratia** [2]), d. h. er stellt das Recht der darin Eingesetzten vor Alle, welche **ab intestato** ein Prätorisches Erbrecht haben, aber hinter Alle, die vom Civilrecht gerufen werden. —

Werfen wir nun noch einen Blick auf das im ersten Bande S. 225. angegebene Princip, nach dem die **b. p. sine re** zu beurtheilen ist, und prüfen wir, wie sich der neue Prätorische Rechtssatz damit vereinigt. Fabricius [3]) hat gerade wegen der in der **b. p. sec. tab.** vorgegangenen Rechtsänderungen das früher von Hugo aufgestellte Princip umzuwerfen und das entgegengesetzte an die Stelle zu setzen versucht. Bei der Frage, ob der **heres** die **b. p.** zur **sine re** machen könne, komme es nicht darauf an, ob er in der Prätorischen Klassenfolge vor dem gerufen sei, welcher die **b. p.** agnoscirt hat, sondern es müsse überhaupt immer die **b. p.** der **hereditas** weichen, und es seien davon nur einzelne Ausnahmen (die **b. p. c. t.**, **unde liberi**, und die nachher noch weiter zu er-

2) Dies stimmt also von Neuem mit dem §. 68. Note 5. am Ende Gesagten überein.

3) **B. p.** S. 208. s. auch v. Vangerow Leitfaden §. 399.

örternden Fälle der durch Kaiserrescripte veränderten **sec. tab. b. p.**) zu statuiren.

Wir müssen aber bei dieser Frage ganz vorzüglich im Auge behalten, worauf es eigentlich hauptsächlich ankommt, damit wir uns davor bewahren, daß der Streit nicht in einen leeren Worthader ausarte. Wenn wir nämlich für das Verhältniß der **hereditas** zur **b. p.** ein Princip aufstellen wollen, so müssen wir nur bedenken, daß wir nicht nach einer Regel zu suchen haben, welche auch schon der den Prätor selbst einzig leitende Gesichtspunkt gewesen wäre, wonach bei den Römern die **b. p.** entweder **cum re** oder **sine re** war. Vielmehr geht aus meiner bisherigen Darstellung der verschiedenen Klassen wohl zur Genüge hervor, daß das Verhältniß der einzelnen Prätorischen Klassen zum **heres** auf sehr verschiedenen Gründen ruht, daß also, wenn man ein Princip dafür aufstellen will, dies zu nichts Anderem geschehen kann, als etwa um dem Lernenden eine kurze Regel an die Hand zu geben, wonach er sich die einzelnen Fälle leicht construiren könne, nicht aber um damit den Grund zu gewinnen, welcher die Sache selbst hervorrief.

B. p. sine re ist eine gültige **b. p.**, welche aber durch die **her. petitio** des **heres** den **effectus** verliert. Nun fragt sich weiter, wann diese **her. pet.** zugelassen werde? In allen den Fällen, wo der Prätor nur **emendandi juris civilis gratia** die **b. p.** gab, (also wenn, beim Vorhandensein eines **heres**, einer späteren Civilklasse, oder einer späteren rein Prätorischen, oder aus einem jener drei vitiösen Testamente die **b. p.** ertheilt wird), will ja eben der Prätor nichts weiter, als die Erbschaft ohne Verletzung des Rechts des **heres** reguliren, also hier kann die **b. p.** zur **sine re** werden. Dagegen bei den correctorischen Klassen will der Prätor mehr, er beabsichtigt den **b. possessor** allen oder gewissen **heredes** vorauszustellen, und deßhalb ist die **b. p.** gegen diese **cum re**. Nun kann man allerdings, wenn man das gern will, sagen: regelmäßig gehe der **heres** dem **b. possessor** vor, aber ausnahmsweise (nämlich bei den correctorischen Klassen) sei es umgekehrt. Wenn man damit nichts Anderes sagen will, als daß der Hauptcharakter der **b. p.** Emendation und nicht Cor-

rection des Civilrechts sei, so ist Nichts dagegen einzuwenden. Aber in der Art, wie Fabricius die Sache hinstellt, liegt mehr, und dies Mehr ist eben unrichtig. Er meint, der Prätor habe nicht correctorisch gegen das Civilrecht auftreten können, es sei also eine innere Nothwendigkeit, daß wo die b. p. einem non heres gegeben werde, sie vom heres zur sine re gemacht werden müsse, und eben deßhalb beweise der Satz, daß die b. p. aus einem jener vitiösen Testamente gegen die legitimi sine re sei, von Neuem, daß auch die b. p. c. t. und unde liberi nur durch kaiserliche Autorität eingeführt sein könne (S. 144.). Damit also macht er seine Regel über das Verhältniß der b. p. zur hereditas aus einer bloß um des kurzen Verständnisses willen aufgestellten, zu einem inneren Princip, welches der Sache selbst zum Grunde liegen soll. Ebendeßhalb aber ist sie verderblich, sie muß, auf einen Irrthum gebaut, auch wieder die Quelle neuer Irrthümer werden [4]).

Und so ist es bei weitem räthlicher, bei dem Hugoschen Principe zu bleiben, weil es die inneren Gründe der Sache nicht beeinträchtigt. Es kommt darauf an, welche Reihenfolge der Prätor den einzelnen Klassen anweist. Die Ordnung, in der die Klassen des Civilrechts stehen, ist eben die des Ci-

4) Fabricius macht auf S. 208. den offenbaren Fehler, daß er sagt, gegen die b. p. unde liberi werde (abgesehen von Ausnahmen, die uns hier nicht interessiren) dem heres die her. pet. immer ganz und gar verweigert. Wenn ein gültiges Testament bestand, in dem ein emancipatus präterirt war, so hat, falls dieser nach verstrichenem Fristenlauf der c. t. und sec. tab. die b. p. unde liberi agnoscirte, der scriptus heres jedenfalls gegen ihn die her. pet. fr. 2. si tab test. null. Ebenso ist es auch nicht richtig, wenn Fabricius S. 109. sagt: Der Civilerbe, der zur c. t. gerufen sei, schließe stets den Eingesetzten aus, welcher sec. tab. b. p. erbeten habe. Freilich schließt er ihn in gewissen Fällen aus, aber dies ist nicht nach den Grundsätzen der b. p. sine re zu beurtheilen, sondern die b. p. sec. tab. wird bei der Präterition eines filius suus oder postumus gar nicht ertheilt, oder gilt als non data. Dagegen wenn man unter dem Civilerben einen präterirten Accrescenzerben versteht, so findet gar keine völlige Ausschließung des scriptus heres statt.

vilrechts ſelbſt, der Prätor wollte hier nichts Anderes thun, als nur eine **successio** unter ihnen einführen; bei den ſuppletoriſchen Klaſſen wollte er nur hinterdrein Jemanden rufen, **ne quis**, wenn der **heres** fehlte, **sine successore moriatur**; bei den correctoriſchen aber wollte er, (und daß er es durfte, haben wir wohl genügend bewieſen) gewiſſe Perſonen dem **heres** vorausſtellen. Alſo mag nun der Prätor ſich dem Civilrecht angeſchloſſen, mag er darüber hinaus Beſtimmungen getroffen, mag er endlich dem Civilrecht widerſprochen haben, ſo iſt es doch jedenfalls das Einfachſte, alle dieſe drei Arten von Erbklaſſen unter dem einen Geſichtspunkte zuſammenzufaſſen, daß nach der Prätoriſchen Reihenfolge das Verhältniß des **b. possessor** zum **heres** ſich ſtets beurtheilen laſſe. Die **b. p.** nun aus jenen drei Fällen der vitiöſen Teſtamente macht dabei gar keine Schwierigkeit. Auch ſie iſt nur ſuppletoriſch gegeben. Sie hat freilich die wichtige Bedeutung, daß nach ihrer Ertheilung Niemandem, weder den folgenden Prätoriſchen noch den Civilklaſſen, eine **b. p.** mehr gegeben werden kann, aber das Civilrecht des **heres** ſollte dadurch gar nicht afficirt werden, ſie ſteht alſo ihrer inneren Bedeutung nach, auch in der Prätoriſchen Reihenfolge hinter den **legitimi**.

Allerdings bietet daher dieſe **b. p.** aus vitiöſen Teſtamenten etwas Eigenthümliches dar, was ſich im ganzen Syſtem der **b. p.** ſonſt nicht findet. Im Uebrigen iſt es nämlich allgemeine Regel, daß der Prätor der Civilklaſſe, welche er für beſſer berechtigt zur Erbſchaft erklärt als eine rein Prätoriſche, nicht bloß erlaubt, ihr Civilrecht gegen Letztere geltend zu machen, ſondern daß er ihr auch ſchon vorher die **b. p.** ſelbſt anbietet, damit der **heres** die Möglichkeit habe, auch ohne die Weitläuftigkeiten eines Erbſchaftsproceſſes den Beſitz des Vermögens zu erlangen und die folgende Klaſſe auszuſchließen. Nur wenn er die Agnition verſäumt, bleibt ihm dann nichts weiter übrig, als durch die **her. pet.** die folgende Klaſſe, welche die **b. p.** erbeten hat, zu vertreiben. So iſt es hier nun freilich nicht, aber es verſteht ſich von ſelbſt, daß es hier nicht ſo ſein konnte. Wenn das Teſtament ein völlig gültiges iſt, ſo iſt ja der Eingeſetzte der **heres**, die **legitimi** ſind nicht **heredes**; und ſo muß natürlich die Agnitionsfriſt der **sec.**

tab. stets vor sämmtlichen Intestatklassen stehen bleiben. Ist aber das Testament mit einem jener Fehler behaftet, über die fortan der Prätor hinwegsehen zu wollen erklärt, so wußte er dies ja in sehr vielen Fällen bei der Ertheilung der b. p. noch gar nicht, denn durch die bedingenden Beweise wird es gar nicht an den Tag gebracht. Jedenfalls aber, mogte er es schon wissen oder mogte er es später erfahren, so hat er ja das Testament für ein Prätorisch gültiges erklärt, er würde sich also widersprechen, wenn er nun doch eine b. p. ab intestato noch ertheilen wollte. Also eine Prätorische Intestatsuccession ist undenkbar. Aber das Testament ist nach Civilrecht nichtig, und der Prätor hat, obgleich er es an sich sehr wohl gekonnt hätte, nie die Absicht gehabt, correctorisch hiergegen aufzutreten, also er erkennt die civilrechtliche Intestatsuccession vollkommen an, d. h. er räumt den vitiösen Testamenten erst hinter den legitimi ein dauerndes Recht auf die Erbschaft ein. Aber aus dem Gesagten folgt zur Genüge, daß das Mittel, wodurch die legitimi den Eingesetzten ausschließen, lediglich die her. petitio [5]), nicht eine vorher ihnen deferirte b. p. sein kann.

§. 106. Das Wesen des neuen Prätorischen Rechtssatzes ist hiemit im Allgemeinen bestimmt. Wir müssen stets vor Augen haben, daß es sich hier um eine ganz neue Bestimmung handelt, die in der ursprünglichen Gestalt der sec. tab. b. p., wie sie auch noch fortwährend bestehen blieb [1]), gar nicht enthalten ist, sondern als etwas Selbständiges daneben tritt, und die Basis bildet, auf der sich in der Folge eine

5) Oder (wie wir allerdings noch hinzusetzen müssen) eine exceptio gegen die Klage (das Interdict) des b. possessor. Es kann dies erst weiter unten bewiesen werden. s. §. 107. Note 4.

1) Gai. III. 36. Si jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

Reihe von wichtigen Rechtsänderungen entwickelte. Der Grund, daß man dies verkannt hat, und dadurch zu so mancherlei Irrthümern verleitet worden iſt, liegt in der unrichtigen Auffaſſung der bei der **sec. tab. b. p.** beſtehenden bedingenden Beweiſe. Man meinte, wenn dieſen nur genügt ſei, ſo beſtehe ſtets eine gültige **b. p.** [2]), die nur noch durch die **her. pet.** des **heres** zur **sine re** werden könne. Nach meiner Darſtellung der **sec. tab. b. p.** im erſten Bande müſſen wir dagegen umgekehrt an und für ſich jeden Vernichtungsgrund des Teſtaments auch für einen Hinderungsgrund der **sec. tab.** annehmen, und nun erſt genauer nachforſchen, in welchen einzelnen Fällen die Quellen trotz der Nichtigkeit des Teſtaments die Gültigkeit der **b. p.** anerkennen. Dieſe aber lagen dann nicht ſchon in dem allgemeinen Edicte über die **sec. tab. b. p.**, ſondern es muß ſich ein ganz eigener Paſſus im Edicte auf ſie bezogen haben.

Daher können wir über die Einführungszeit des Rechtsſatzes wenigſtens ſoviel ſagen, daß er zu Cicero's Zeit, aus der wir ja das damalige Edict über die **sec. tab. b. p.** kennen, noch nicht beſtanden haben kann. Wir finden in den oben mitgetheilten Edictsworten gar keine Spur davon, überdem gab es damals noch nicht den zweiten bedingenden Beweis, welchen der Prätor der Vorzeigung des äußerlich gültigen Mancipationsteſtamentes hinzufügte, nämlich daß der Teſtator als **civis Romanus** und **suae potestatis** geſtorben ſei. Wir werden aber ſehen, daß ſich die beiden Fälle des **non jure factum** und **irritum testamentum** ſehr genau an die beiden bedingenden Beweiſe anſchließen, und jedenfalls das **irritum testamentum** nicht eher den Prätoriſchen Schutz erhalten haben kann, als jener zweite bedingende Beweis aufgeſtellt war. Von der anderen Seite aber darf die Prätoriſche Rechtsänderung auch wohl nicht ſpäter als Hadrian geſetzt werden, wenigſtens mußte ſie bereits für das **ruptum testamentum** beſte-

2) Nur in ſehr ſingulären Fällen erkennt Fabricius (S. 207.) eine b. p. quae data non intelligitur an; und es wird gar kein Grund angegeben, woraus gerade dieſe Fälle, und nur dieſe ſich erklären ſollen.

hen, denn dieser Fall wurde unter dem genannten Kaiser schon weiterer Ausbildung unterworfen. —

Gehen wir jetzt genauer auf die Prüfung der Fälle ein, welche Gaius unter den drei Ausdrücken **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum** verstanden hat. Er sagt uns (II, 146.) ausdrücklich, daß er sie, im Gegensatz zu vielen anderen Ausdrücken, welche die Nichtigkeit des Testamentes bezeichnen, in einem technischen Sinne nehmen, und welcher dies sei, läßt sich auch mit voller Sicherheit bestimmen.

1. **Das testamentum ab initio non jure factum.** Hierunter ist ein in den Formen mangelhaftes Testament verstanden [3]), aber es ist natürlich nicht daran zu denken, daß der Prätor alle möglichen Formen des damals allein geltenden Mancipationstestaments für unnöthig erklärt habe. Nur ist die Frage, wie weit er hierin gegangen sei.

Zuerst sieht man aus dem einen der bedingenden Beweise, welcher bei Erbittung der **sec. tab.** geliefert wurde, daß der Prätor an den Haupterfordernissen des Mancipationstestamentes fortwährend festgehalten hat. Ohne die Besiegelung von Seiten der sieben Solennitätspersonen wurde gar keine **sec. tab. b. p.** gegeben. Aber sollen wir nun annehmen, daß der Prätor alle übrigen Formmängel, welche bisher vernichtende Beweise gewesen waren, insgesammt von jetzt an nicht mehr berücksichtigt habe; also stets, sobald nur der angegebene bedingende Beweis geliefert war, das Testament als **non jure factum** des vorher angeführten Prätorischen Schutzes theilhaftig geworden wäre? Ich glaube dies keineswegs. Alsdann wäre ja auch, wenn es lediglich einer Urkunde mit sieben Sie-

3) **Fr. 1. de inj. rupt. fr. 47. de her. pet. fr. 6. pr. de lege Corn. de falsis** — Dies wird wohl Niemand mehr bezweifeln. s. Fabricius. S. 115. — Die Römer nennen es auch häufig technisch **imperfectum testamentum. fr. 23. qui test. fac. poss. Si testamentum, quod resignaverit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum** (d. h. „so ist dies **nicht bloß** ein nach Prätorischem Rechte geltendes Testament", — denn das war es doch jedenfalls), **sed utroque jure valebit tam civili, quam praetorio.** s. auch **fr. 3. de test. mil.**

geln bedurft hätte, das Erforderniß der Gegenwart von sieben verschiedenen Personen bei der Testamentserrichtung, die Vorschriften über die Fähigkeit dieser Zeugen, über die **unitas actus** hinweggefallen. Ein Erblasser hätte dann selbst, oder mit Hülfe eines einzigen Zeugen eine Urkunde mit sieben verschiedenen Siegeln und Namen versehen können, und doch wäre daraus eine vollkommen gültige **sec. tab. b. p.** ertheilt worden. Mir scheint dies ganz undenkbar. Die Prätorische Vorschrift, das Testament solle mit sieben Siegeln versehen sein, kann doch nur so verstanden werden, daß überhaupt die ganze Thätigkeit der sieben Personen, deren äußerer jetzt noch erkennbarer Ueberrest ihr Name und Siegel ist, so bei der Errichtung des Testaments vorausgesetzt werde, als das positive Recht es vorschreibt. Also es müssen sieben fähige Personen hier unterzeichnet haben, das ganze Geschäft muß, wie es nun einmal bei allen Testamenten Regel ist, in einem ununterbrochenen Acte beendet worden sein. Hieraus folgt, daß die angegebenen Formfehler noch fortwährend, sobald sie bekannt wurden, ein Hinderniß oder ein Vernichtungsgrund für die **sec. tab. b. p.** gewesen sein müssen; **m. a. W.** daß sie nach wie vor den Charakter der vernichtenden Beweise behalten haben, und sich hierauf der Prätorische Schutz des **non jure factum testamentum** gar nicht bezieht.

Vollständig scheint mir dies aus Folgendem hervorzugehen. Das **testamentum non jure factum**, wie es anfangs bei seiner noch immer sehr beschränkten Bedeutung genannt wurde, wuchs nach und nach unter dem Namen des Prätorischen Testaments zu einer eigenen selbständigen Testamentsform empor, und wurde, wie wir sehen werden, in der Justinianeischen Compilation zum durchaus vorherrschenden Rechte. Bei diesem ist es aber nie bezweifelt worden, daß die Regeln über Zahl und Fähigkeit der Zeugen sowie über **unitas actus** durchaus in Anwendung kämen; was daher jedenfalls im Anfange bei der **sec. tab. b. p.** gegolten hat, und am Ende auch wieder bei dem Prätorischen Testamente hervortritt, dürfen wir auch nicht in der Zwischenzeit als verschwunden annehmen, wofern nicht etwa ausdrückliche Quellenzeugnisse entgegenständen, was aber hier gar nicht der Fall ist. Im Ge-

gentheil weiſt uns die Darſtellung der Römiſchen Juriſten ſehr deutlich darauf hin, daß der Schutz des **non jure factum testamentum** ſich lediglich auf die geringeren und unbedeutenderen Formfehler bezieht. So ſagt Ulpian **XXVIII. 6:**

> **Etiamsi jure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur.**

Daß der Prätor auf die Zahl und Fähigkeit der einzelnen Zeugen ſieht, wird hiedurch ganz entſchieden bewieſen. Sie ſollten **cives Romani** ſein, ein Satz, der bis in die ſpäteſten Zeiten beim Prätoriſchen Teſtament beſtehen blieb. Alſo jedenfalls, wenn es keine **cives Romani** waren, ſo meint Ulpian: **non datur b. p.**, ebenſogut wie wenn es ſich herausſtellte, daß weniger als ſieben Zeugen gegenwärtig geweſen ſeien [4]). Und was von der Zahl und Fähigkeit der Zeugen ausdrücklich beſtätigt wird, könnte man nur mit der höchſten Willkührlichkeit auch von der **unitas actus** läugnen wollen [5]).

Dagegen die unbedeutenderen Formfehler, wie die Auslaſſung der **familiae mancipatio** oder **nuncupatio** ſollen der

---

4) Noch für einen andern Fall der Unfähigkeit wird dies vollſtändig bewieſen durch fr. 14. de testibus (Pap.) Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus? Et sane juste testimonii officio ei interdicitur. Existimo ergo neque jure civili testamentum valere, ad quod hujusmodi testis processit, neque jure Praetorio, quod jus civile subsequitur, ut neque hereditas adiri, neque bonorum possessio dari possit.

5) Es gab alſo noch immer Fälle des non jure factum testamentum, wo der Eingeſetzte gegen Niemanden, auch nicht gegen die Cognaten, die Erbſchaft obtiniren kann. Dies beſtätigt ein Reſcript des Pius in fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. — De eo, qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: „Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertineat (vorausgeſetzt, daß ſie auch die b. p. agnosciren), petere hereditatem ipso jure poterunt.

Ertheilung der **sec. tab. b. p.** nicht im Wege ſtehen. Daß dies nur einzelne Beiſpiele ſind, ſehen wir ſchon aus dem Worte **forte**: und was wir nun in der That noch ferner hieher zu zählen haben, erhellt aus der viel weitläuftigeren Darſtellung, worin Gaius II. 115—122 die Vorſchriften des Civilrechts den milderen Prätoriſchen gegenüberſtellt. Im §. 119. und 121. erwähnt er ebenſo wie Ulpian die Auslaſſung der **familiae mancipatio** und der **nuncupatio**, daran knüpft er im §. 122. noch den Satz, daß die Frauen, während ſie nach Civilrecht ohne Zuziehung des Tutors ſtets **inutiliter** teſtiren (§. 118.), nach Prätoriſchem Rechte dieſer Beſchränkung überhoben ſind. Ebenſo haben wir aber auch wohl anzunehmen, daß der Prätor die **solennis institutio**, wovon Gaius gleich vorher im §. 117 ſpricht, nicht weiter verlangte. Wenn er die **verba mancipationis** nicht mehr erforderte, ſo wird er es auch für gleichgültig erklärt haben, ob im Teſtamente ſtand: **Titius heres esto, Titium heredem esse jubeo**, oder weniger ſolenn: **Titium heredem esse volo, heredem instituo, heredem facio.**

Der Schutz alſo dieſes, wegen der unbedeutendern Formfehler ungültigen Teſtamentes, war, daß der Eingeſetzte das Vermögen behalten darf, wenn kein Civilerbe vorhanden iſt. Dies kann ſein

a. ein teſtamentariſcher, d. h. ein in einem vollkommen gültigen Civilteſtamente Eingeſetzter. Gaius erwähnt ihn II. 149 ausdrücklich. Das Teſtament kann ein ſpäteres ſein, dann wird das **non jure factum** auch außerdem völlig rumpirt, es kann ein früheres ſein, welches nun durch das ſpätere **non jure factum** keineswegs als rumpirt erſcheint; und wenn alſo aus letzterem die **sec. tab. b. p.** ertheilt worden iſt, ſo kann dieſe noch immer durch die **her. pet.** des im **jure factum testamentum** Inſtituirten zur **sine re** werden.

Hiebei erhebt ſich aber die Frage, ob denn nicht der im früheren gültigen Teſtament Eingeſetzte auch gleich **sec. tab. b. p.** erbitten, und ſo den im **non jure factum** Inſtituirten von vorn herein ausſchließen konnte. In den Quellen wird dies nicht ſpeciell beſprochen; Gaius denkt ſich freilich die **b. p.** als aus dem ſpäteren Teſtamente ertheilt, aber er ſagt nicht,

ob er meint, der im früheren Testamente Instituirte könne sie gar nicht erhalten, oder er habe sie nur zu agnosciren versäumt. Folgendes scheint mir hier entscheidend. Der Prätor stellt als allgemeine Regel für die Ertheilung der **b. p.** den Satz auf, daß es die **supremae tabulae** sein müßten (Bd. I. S. 179), also wenn in der Frist der **sec. tab. b. p.** zwei sich auf verschiedene Testamente Stützende erschienen, so wurde allein die **b. p.** aus dem letzten Testament als gültig angesehen. Bei der Ertheilung nun wird es ja noch gar nicht untersucht, ob z. B. die **mancipatio familiae** vorgenommen worden sei oder nicht, weil dies nicht zu den bedingenden Beweisen gehört. Der Prätor weiß also noch gar nicht, daß (wie wir es hier voraussetzen) das erste Testament ein **jure factum**, das zweite dagegen ein **non jure factum** sei. Regelmäßig also muß er stets lediglich aus letzterem die **b. p.** gegeben haben, und dem **institutus** des ersteren blieb nur die **her. pet.** übrig. Dagegen dürfen wir dies nicht für etwas ganz Unwandelbares halten. Wenn es schon entschieden bekannt war, das erste Testament sei **jure civili** gültig, das zweite dagegen ungültig, und ferner bereits feststand, daß der zuerst Eingesetzte die Erbschaft in Anspruch nehmen würde und die **hereditatis aditio** schon vorgenommen habe, so wird der Prätor ebenso wenig noch eine **sec. tab. b. p.** ertheilt haben, als er, wenn schon die **scripti** angetreten haben, noch eine **b. p. unde liberi** giebt (Bd. I. S. 237). Er würde hier etwas ganz Unnützes, im Gegentheil die Erbschaftsregulirung Verweitläuftigendes thun, und das wäre ein Mißbrauch des Instituts der **b. p.** gewesen sein. Daher konnte nun auch der in dem ersten Testament Eingesetzte, wenn die Frist noch lief, die **sec. tab. b. p.** erhalten.

b. Wenn kein testamentarischer Civilerbe vorhanden ist, so darf auch der Civilintestaterbe, also selbst der exheredirte **suus**, und in Ermangelung der **sui** der **proximus agnatus** den **sec. tab. b. possessor** vom Vermögen verdrängen. Aber hier kann dies auf alle Fälle nur durch die **her. pet.** oder **exceptio** (s. §. 105. Note 5) geschehen, eine gleich anfängliche Ausschließung des Instituirten von der **b. p. sec. tab.** ist, wie wir oben gesehen haben, durchaus nicht denkbar. Von

dieſem Auftreten des Inteſtaterben ſpricht Gaius II. 149 neben dem teſtamentariſchen Erben, während er im §. 119. lediglich Erſteren hervorhebt:

> **Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur: et si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem juris est et si alia ex causa** (d. h. nicht bloß wenn die Frau ohne Tutor teſtirte, wovon im §. 118. die Rede war) **testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.**

Das **si nemo sit, ad quem ab intestato pertineat hereditas**, läßt ſich in drei Fälle zerlegen. Erſtens wenn in der That gar kein Civilerbe vorhanden iſt, zweitens wenn er da iſt, aber dem b. possessor die Erbſchaft nicht evinciren will, drittens wenn der b. possessor ſelbſt der nächſte civile Inteſtaterbe iſt. Im letzteren Fall iſt die Aufrechthaltung des Teſtaments, welche der Prätor vorſchreibt, gar nicht zu Gunſten des Eingeſetzten, wohl aber der Vermächtnißnehmer. Da überhaupt, wie jedes Teſtament, ſo auch das **non jure factum** ebenſowohl um Letzterer als um der Erſteren willen geſchützt wird, ſo muß dies nun auch feſtgehalten werden, wo das Intereſſe des Inſtituirten eher die Inteſtatſucceſſion herbeiführen mögte.

§. 107. — 2. Das **testamentum jure factum, postea irritum factum** [1]). Dies hängt mit dem zweiten

1) Daß ſich dieſer Fall auf die Vernichtung des Teſtaments durch ſpätere cap. dim. des Teſtators bezieht, iſt ebenſowenig zweifelhaft, wie die techniſche Bedeutung des non jure factum testamentum. Die noch mitzutheilenden Worte des Gaius beweiſen es vollkommen, ſ. auch Gai. II. 145 und 149 im Anf. In einem nicht techniſchen Sinne wird das Wort in fr. 1. de inj. rupt. genommen. — Die Bedeutung des Falles, wenn das Teſtament zugleich non jure factum

bedingenden Beweise der **sec. tab. b. p.** genau zusammen. Dadurch war nämlich der Fall ausgeschlossen, daß der Testator nach Errichtung des Testaments eine der drei **capitis diminutiones** erlitt, und in diesem Zustande verstarb, denn zur Erlangung der **b. p.** gehörte ja der Beweis, daß der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei.

Aber ebenso wie wir beim **non jure factum** gesehen haben, daß keineswegs alle formellen Testamentsmängel, welche über die bedingenden Beweise hinaus lagen, jetzt für die Ertheilung der **sec. tab. b. p.** gleichgültig geworden wären, so können wir dies mit voller Sicherheit auch hier nachweisen. Ebenso wie dort die Zahl und Fähigkeit der Zeugen so wie die **unitas actus** die Bedeutung der vernichtenden Beweise behielten, so sind auch hier eine Reihe von Fällen der **cap. dim.** auszuscheiden, auf die sich der Prätorische Schutz des **irritum testamentum** gar nicht bezieht.

Vorerst ist in allen den Fällen Nichtigkeit der **sec. tab. b. p.** vorhanden, wo die **cap. diminutio** schon zur Zeit der Testamentserrichtung Statt gefunden hatte. Dies beweist sich schon dadurch, daß Gaius nur von dem **testamentum postea irritum factum** spricht. Es geht ferner auch aus den Bd. I. S. 178 und 185 mitgetheilten Stellen hervor, welche zeigen, daß die Errichtung eines Testaments von Seiten eines **servus**, Nichtcivis oder **filiusfamilias** unter die allgemeine Frage der mangelnden **testamentifactio** gehört, in Folge deren **b. p. peti non potest.**

Aber wir müssen wohl noch weiter gehen. Nicht jedes Testament wird vom Prätor geschützt, dessen Urheber nach der Errichtung eine **capitis diminutio** erlitt, die noch vor dem Tode wieder weggefallen ist, sondern nur dann wird es aufrecht erhalten, wenn dies eine **capitis diminutio minima** war [2]). Dies scheint Gaius im §. 147. sagen zu wollen:

---

und irritum ist, kann man sich leicht construiren; s. meine historia b. p. sec. tab. p. 69.

2) Die entgegengesetzte Ansicht hatte ich in meiner historia b. p. sec. tab. angenommen (p. 42.), der dann Buchholz in der Recension dieser Schrift in der Hallischen Literaturzeitung widersprach.

nam si ideo irritum fit testamentum, quod postea civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut hic in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate est, non potest scriptus heres secundum tabulas b. p. petere.

Also nur bei der **cap. dim. minima** setzt Gaius ausdrücklich hinzu, daß sie, um ein Hinderungsgrund der **sec. tab.** zu sein, noch **mortis tempore** bestehen müsse, wogegen eine nach der Testamentserrichtung eingetretene **cap. dim. maxima** und **media** ganz allgemein den Prätorischen Schutz unmöglich macht; wogegen freilich, wenn dann durch **indulgentia principis** eine **in int. rest.** gegeben wird, ein noch stärkeres Recht, nämlich völlige Convalescenz des Testaments die Folge ist [3]). Hiemit stimmt überein, daß die Pandektenstellen, welche von dem Prätorischen Schutze des **irritum testamentum** handeln, lediglich von der **minima cap. dim.** sprechen.

Es ist also dieser ganze zweite Fall ein dem Umfange nach sehr geringer. Wenn der Testator bei der Testamentserrichtung und beim Tode **sui juris** war, aber in der Zwischenzeit einmal in einer fremden Familie gestanden hat, so soll das Testament nichts destoweniger ein Prätorisch gültiges sein, und der Eingesetzte, falls keine Civilerben Ansprüche machen, eine **b. p. cum re** haben.

Es fragt sich nun, wer diese Civilerben sein können. Während beim **non jure factum testamentum** sich sowohl **heredes ex testamento** als **ab intestato** denken lassen, so leuchtet es ein, daß hier nur von gegenüberstehenden Civilintestaterben die Rede sein kann. Wir nehmen hier ja ein **jure factum testamentum** an, also ein anderes früheres Testament wird dadurch rumpirt, und umgekehrt ein anderes späteres Testament vernichtet das **irritum** dergestalt, daß nun auch der Prätorische Schutz aus demselben nicht mehr möglich ist. Gegen den Intestaterben aber steht das **irritum** ebenso wie das **non jure factum**, wir können also auch nach dem im vorigen § Gesagten die Sache genauer so fassen: die **b. p.** aus

3) Fr. 6. §. 12. de inj. rupt.

dem **irritum testamentum** iſt **cum re**, wenn gar kein **legitimus** vorhanden iſt, oder der Vorhandene verzichtet, oder endlich der **b. possessor** ſelbſt der nächſte Civilinteſtaterbe iſt.

Wir ſehen indeſſen aus einer Pandektenſtelle, daß die Römer im Schutz des **irritum testamentum** noch weiter gegangen ſind, was ſich aber doch aus dem bisher Geſagten ſehr naturgemäß entwickeln mußte. Der Prätor behandelt es nämlich, wie wir geſehen haben, als ein gültiges Teſtament, weßhalb denn trotz der civilen Nichtigkeit eine **b. p. ab intestato** nicht mehr ertheilt werden kann. Freilich will er den **legitimi** ihr Civilrecht damit nicht entziehen, aber da er doch einmal die Gültigkeit des Teſtaments als die juriſtiſche Baſis annimmt, ſo muß ſich danach auch die Art des Rechtsſchutzes richten, welche er den **legitimi** gegen dies Teſtament gewährt. Es iſt nämlich eine **exceptio doli**, wodurch ſie gegen den klagenden **scriptus heres**, wenn er ſich auf die Gültigkeit des Teſtaments nach Prätoriſchem Recht beruft, ſiegen. Aber nun können doch noch wieder Umſtände eintreten, welche dieſe **exceptio** als unzuläſſig erſcheinen laſſen. Wenn nämlich der Teſtator, nachdem er aus der fremden Familie ſchon wieder herausgetreten war, nochmals beſonders erklärt hat, er erkenne ſein früheres Teſtament an, ſo macht der dadurch daſſelbe nicht erſt gültig, ſondern es gilt ja ſchon ohne das nach Prätoriſchem Rechte. Man kann alſo nicht einwerfen, es werde hier Jemand in Folge einer formloſen Willenserklärung, gegen die allgemeinen Regeln des Rechts, beerbt. Aber gerade weil auch abgeſehen hievon das Teſtament als ein in ſich ſelbſt gültiges erſcheint, muß jene Erklärung des Erblaſſers eine juriſtiſche Bedeutung haben, und dieſe kann offenbar nur die ſein, daß dadurch jenes Vertheidigungsmittel der **legitimi**, welches der Prätor an und für ſich gegen das Teſtament zuläßt, elidirt wird. Hiernach wird folgende Stelle verſtändlich ſein:

> **Fr. 11. § 2. de b. p. sec. tab. (Papinian.) — Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat** (mit dem **Int. quor.**

bon.), exceptione doli mali summovebitur [4]), quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui juris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur [5]), ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur.

§. 108. — 3. Das testamentum jure factum,

4) Nach dem was wir aus Gaius über die Prätorische Gültigkeit des irritum testamentum erfahren, scheint es mir unmöglich, unter dem, welcher diese exc. doli vorschützen darf, einen Anderen als den legitimus heres zu verstehen. Offenbar mußte Letzterer sich gleich gegen das Interdict mit dieser exceptio schützen dürfen, während nach dem ursprünglichen Begriff der b. p. dies nicht möglich ist (Bd. I. S. 384.). Es liegt hier der singuläre Fall vor, daß der b. possessor nur unter der Voraussetzung, der heres mache keine Ansprüche, das Vermögen haben soll. Da man nun auch dem heres hier keine Säumigkeit imputiren, und ihn lediglich auf die her. pet. verweisen kann, weil er ja gar nicht im Stande ist, eine b. p. zu agnosciren, so muß er doch sein vom Prätor vollkommen anerkanntes Recht gleich bei der ersten Gelegenheit geltend machen können. Francke N. E. R. S. 107. hat das Verdienst, dies bereits bemerkt zu haben. — Die ganze Erklärung, welche Fabricius S. 140 ff. von dieser Stelle giebt, muß ich verwerfen.

5) Darin, daß Papinian dies so speciell hervorhebt, liegt eine besondere Hindeutung darauf, daß es etwas Ausnahmsweises sei, in diesem judicium sich mittelst der exceptio doli auf sein heres-Sein berufen zu dürfen. Daß unter diesem judicium das Interdictum quor. bon. verstanden wird, geht aus den Worten si possessionem petat mit Entschiedenheit hervor, Papinian kann darunter nicht die Agnition der b. p. verstehen, weil er von einem judicium und der Vorschützung einer exceptio spricht.

postea ruptum. Während wir aus Gaius selbst mit Sicherheit ersehen können, was er unter dem **non jure factum** und **irritum testamentum** versteht, so finden wir für den dritten Fall des **ruptum testamentum** in seiner Darstellung gar keine Anhaltspunkte. Vielleicht hat er auf der sehr unleserlichen p. 92. davon gesprochen. Nichtsdestoweniger können wir durch andere Argumente bestimmen, auf welchen Fall des **ruptum testamentum** sich der Prätorische Schutz lediglich bezogen hat.

Daß sich nämlich derselbe auf alle Fälle erstreckt habe, welche technisch unter dem Ausdruck des **ruptum testamentum** zusammengestellt werden, ist schlechterdings undenkbar. Wenn das Testament durch ein späteres rumpirt wird, so zeigt die Darstellung des Gaius **II. 144.** es ganz unzweifelhaft, daß jedenfalls das erste Testament gar keine Wirkungen habe. Er sagt ausdrücklich, auch wenn **ex posteriore nemo heres extiterit**, so sterbe der **paterfamilias** nichts destoweniger **intestatus**. Dies ist aber gerade das Entgegengesetzte jenes Prätorischen Schutzes. Gaius kann also unter dem **ruptum testamentum**, welches er mit dem **non jure factum** und **irritum** auf eine Stufe stellt, nur an das denken, welches durch Agnasciren eines **postumus** vernichtet ist, wovon er vorher weitläuftig in den §§ 130—43. gehandelt hatte. Aber auch dieser Fall ist keineswegs vollständig hieher zu ziehen. Wir haben es in der Lehre von der **c. t. b. p.** dargethan, daß wenn der rumpirende **postumus** noch vorhanden ist, und Ansprüche macht, ganz entschieden die Intestatsuccession eintritt, also von einer **sec. tab.** nicht die Rede sein kann. Danach bleiben nur noch zwei Fälle übrig, wenn nämlich der rumpirende **postumus** nach dem Tode des Erblassers noch vorhanden ist, aber auf sein Erbrecht verzichtet, und wenn er schon vor dem Tode des Erblassers wieder weggefallen war. Der erstere Fall aber gehört unter die weitergreifende Frage, welche Wirkungen das Abstiniren eines das Testament vernichtenden **suus** hervorrufe. Wir werden diese nachher noch besonders prüfen, und finden, daß hier nicht die ursprüngliche Ungültigkeit des Testaments, sondern das Abstiniren der wahre das ganze Rechtsverhältniß gestaltende Grund ist. Also auch dies gehört nicht hieher, und so bleibt gar kein anderer Fall übrig, als

der der Ruption durch einen schon vor dem **mortis tempus** wieder weggefallenen **postumus**.

Das Interesse des **postumus** kommt gar nicht mehr in Betracht, also es ist lediglich die civilrechtliche Strenge, welche ganz allgemein die Nichtigkeit des Testaments anordnet. Diese aber erscheint hier mehr als **juris scrupulositas**, wie als vernünftige Rechtsbestimmung, und so ist es wahrlich nicht wunderbar, daß der Prätor auch in diesem dritten Falle das Testament für gültig erklärte, und dem Eingesetzten Schutz verlieh, sobald nur kein Civilerbe Anspruch auf die Erbschaft mache. Das Testament war doch anfangs gültig errichtet worden, die vernichtende Person war wieder weggefallen, der Testator hätte also, ebenso wie beim **irritum testamentum**, nur ganz dasselbe Testament noch einmal ohne alle Veränderungen zu errichten brauchen; diese rein formelle Wiederholung sollte daher nicht mehr nöthig sein. Auf eine nochmalige Anerkennung des Testaments von Seiten des Testators konnte es der Prätor hier ebensowenig stellen, wie dort beim **irritum testamentum**, denn das hieße durch **nuda voluntas** ein Testament constituiren. Hätte also nicht der Prätor schon ohne das Grund genug gehabt, das Testament aufrecht zu erhalten, so hätte dann auch die nochmalige besondere Anerkennung keine Bedeutung haben können.

Da aber das Testament schon in sich selbst als Prätorisch gültig behandelt werden durfte, so mußte auch hier der Schutz der **legitimi** (denn auch hier sind ebenso wie beim **irritum testamentum** nur diese denkbar) die juristische Gestalt einer **doli exceptio** annehmen. Wir werden dies nachher noch durch ausdrückliche Quellenzeugnisse bestätigt finden. Daher dürfen wir aber auch wohl unbedenklich annehmen, daß ebenso wie beim **irritum** die nochmalige Anerkennung des Testaments diese **doli exceptio** vernichtete.

Wir können uns nicht wundern, daß in den Quellen hievon nicht die Rede ist. Denn diesem Fall des **ruptum testamentum** wurde, wie wir alsbald sehen werden, schon durch Hadrian eine noch viel stärkere Kraft beigelegt, und so kommt es, daß die Pandektenstellen, welche ihn erwähnen, nur von diesem späteren Rechte sprechen. Es ist ein Glück, daß wir

in den oben angeführten Stellen von Gaius und Ulpian noch den Beweis besitzen, daß sich schon vor dem Hadrianschen Rescript der schwächere Prätorische Rechtssatz neben dem **non jure factum** und **irritum** auch auf das **ruptum testamentum** erstreckt hat. Die Juristen mußten das frühere rein Prätorische Recht noch immer erwähnen, weil dasselbe beim **irritum testamentum** nie durch Kaiserrescripte verändert worden ist, also noch praktisch war, und weil auch bei dem **ruptum** und **non jure factum testamentum** dies zu ihrer Zeit geltende Recht sehr viel leichter verständlich wurde, wenn man den vorhergehenden Schritt des Prätors kannte. Die Kaiser knüpften ganz eng daran an, und deßhalb haben ihre Bestimmungen, die doch Civilrecht sind, ganz die äußere Gestalt des Prätorischen Rechtes. —

Hiermit sind die drei Fälle der, wie Gaius sich ausdrückt, **non per omnia inutilia testamenta** dargestellt. Es erhebt sich aber die Frage, ob sich der Prätorische Schutz nicht etwa noch auf einen vierten Fall bezogen habe, der dem **ruptum testamentum**, wie wir es eben dargestellt haben, außerordentlich nahe stand. Nämlich wenn ein **filius suus jam natus** durch seine Präterition das Testament vernichtet, aber nun jedenfalls vor dem Erblasser stirbt, warum soll nicht auch hier ebenso wie beim **postumus** das Testament als Prätorisch gültiges aufrecht erhalten worden sein?

Ich habe oben schon bemerkt, daß hier nicht die Frage ist, was der Prätor recht wohl hätte thun können, sondern was er wirklich gethan hat; ferner daß nicht ein inneres Princip vorliegt, wonach, was beim **ruptum testamentum** sich beweisen läßt, nun auch ebenso selbst beim völligen Schweigen der Quellen für den eben genannten Fall mit Nothwendigkeit angenommen werden müßte. Es läßt sich leicht nachweisen, daß, während das **irritum** und **ruptum** ganz und gar auf gleicher juristischer Stufe stehen, und also auch der Prätor sie durchaus gleichartig behandeln konnte, in unserem Falle wesentlich andere juristische Gesichtspunkte in Betracht kommen. Dort lag ein im Anfange vollkommen gültiges Testament vor; wenn es nun freilich auch hinterdrein durch das Interesse des arrogirenden Vaters oder des agnascirenden **suus** vernichtet

wurde, so waren diese Personen dann doch vor dem Tode des Testators wieder weggefallen, und so konnte man sich leicht über diese Vernichtungsgründe hinwegsetzen. Beim **filius jam natus** aber nahm die Römische Praxis stets an, daß gar kein Testament errichtet worden sei; hätte also der Prätor dies dennoch schützen wollen, so hätte er sich über die Regel hinwegsetzen müssen, daß was von Anfang an nichtig ist, nicht convalesciren kann. Ich will nicht sagen, daß es eine Undenkbarkeit sei, der Prätor habe dies gethan, aber jedenfalls war es ein juristisch viel bedenklicherer Schritt, und es kommt nun lediglich darauf an, ob er ihn wirklich unternommen hat. Davon aber läßt sich vollständig das Gegentheil darthun.

Schon nach jenen Stellen des Gaius und Ulpian, die bei unserem Prätorischen Rechtssatze nur die drei Fälle des **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum**, und wahrlich nicht bloß beispielsweise aufführen, ist die Annahme eines vierten Falles, der unter demselben Rechtssatze gestanden hätte, völlige Willkührlichkeit. Und daß die Präterition des **filius jam natus** mit unter dem Ausdruck **ruptum testamentum** zu begreifen sei, wäre eine noch viel schlimmere Annahme. Hiermit trifft es nun vollkommen zusammen, daß die Art, wie Gaius unseren Fall bespricht, die Möglichkeit jenes Prätorischen Schutzes gänzlich ausschließt. Eben nachdem er in den §§. 118—122. von letzterem gesprochen hat, fährt er II. 123. folgendermaßen fort:

> **Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant**

nullo jam filio impedimento, quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

Wir haben oben ſchon bei dieſer Stelle aus dem Stillſchweigen des Gaius geſchloſſen, daß hier wie bei den **postumi** von keiner wahren **contra tabulas** die Rede ſein kann, da er umgekehrt bei den Accrescenzerben und Emancipirten derſelben ſorgfältig Erwähnung thut. Ebenſo ſicher aber ſcheint mir auch der Schluß auf die **sec. tab. b. p.** Nachdem er gerade vorher den Prätoriſchen Schutz des **non jure factum testamentum** ausgeführt hat, könnte er von der Präterition des verſtorbenen Hausſohns gar nicht ſo ſprechen, wie er thut, wenn dafür im Edicte gleichmäßige Beſtimmungen beſtanden hätten. Nach der Anſicht ſeiner Schule ſoll der Erblaſſer völlig **inutiliter** teſtirt haben, alſo zu einer **sec. tabulas** war hier ebenſo wenig Raum, wie zu einer **c. t. b. p.** Die Gegner erkannten dies freilich nicht an, aber ſie gingen über die Gränzen jenes Prätoriſchen Schutzes nun völlig hinaus, ſie nahmen civilrechtliche Gültigkeit des Teſtaments, alſo auch Zuläſſigkeit der **her. aditio** an. Indeſſen wiſſen wir, daß dieſe Anſicht nicht durchgedrungen iſt [1]), und ſo haben wir als gewiß feſtzuhalten, daß die Präterition des ſchon lebenden Hausſohns, mogte er noch leben und Anſprüche machen, oder mogte er ſchon früher geſtorben ſein, ſtets für die **sec. tab. b. p.** die Bedeutung des vernichtenden Beweiſes behielt [2]), m. a. W. daß immer, wenn dieſer Nichtigkeitsgrund des Teſtamentes zu Tage kam, nach civilem wie Prätoriſchem Recht die Inteſtatſucceſſion eintrat.

§. 109. — 4. Aufrechthaltung des Teſtaments in Folge des Abſtinirens eines präterirten **suus** [1]). Aus

1) **Fr. 7. de liber. et post. (Paulus) — Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur; et eo jure utimur.**

2) Es iſt alſo nicht eine b. p. sine re, ſondern eine quae data non intelligitur, wenn trotz dem die sec. tab. ertheilt worden war.

1) Dieſen vierten Fall habe ich in meiner historia sec. tab. b. p.

der bisherigen Darstellung wird es zur Genüge hervorgehen, daß ein vierter jenen dreien gleichartiger Fall nicht bestanden haben kann; also die Prätorische Rechtsregel, daß einzelne vitiöse Testamente Wirkung haben sollen, **si nemo alius sit jure civili heres**, ist in den voraufgehenden §§ vollständig dargestellt. Wir finden nun aber in den Quellen noch einen anderen Prätorischen Rechtssatz angedeutet, der ebenfalls in die Lehre dieses Kapitels, in der wir die ausnahmsweise Schützung civilrechtlich ungültiger Testamente zu prüfen haben, gehört. Er ist gerade das Umgekehrte des vorigen. Es wird auch bisweilen, **si alius sit jure civili heres**, das Testament vom Prätor aufrechterhalten. Ich brauche wohl nicht weiter auszuführen, daß dies sich nur denken läßt, wenn der Civilerbe ein **suus** ist, der in dem Testamente präterirt wurde, durch diese Präterition es vernichtete (also ein **filius jam natus** oder ein **postumus**), und nun vom väterlichen Vermögen sich abstinirt.

Ferner aber leuchtet auch ein, daß Gaius und Ulpian diesen vierten Fall mit jenen dreien, denen er gerade entgegengesetzt ist, nicht zusammenstellen konnten; wir lernen ihn vielmehr aus einer Pandektenstelle kennen (**fr. 17. de inj. rupt.**), welche in einem anderen Zusammenhange bereits mitgetheilt worden ist (§. 95.). Dort ist auch schon die juristische Bedeutung des Falles genauer entwickelt [2]). Der Prätor erkennt im Allgemeinen die Nichtigkeit des Testaments und die Intestatsuccession, wenn ein präterirter Hausſohn oder **postumus** den Erblasser überlebt, vollkommen an, aber wenn diese interessirten Personen abstiniren, so sollen, da doch jedenfalls beim Vorhandensein des **suus** die übrigen **legitimi** vom Civilrecht nicht gerufen werden, gegen die **subtilitas juris** die

p. 44 sqq. nicht richtig dargestellt. Der Umstand, daß Gaius und Ulpian ihn nicht neben den anderen dreien erwähnen, führte mich weiter als dieser Grund allerdings beweist, und so kam ich dazu den Fall ganz zu läugnen. Indeß liegt das Richtige doch nicht weit von dem entfernt, was ich damals annahm.

2) S. auch §. 88. Note 11. — Besonders ist noch auf Franckes (Notherbenrecht S. 108.) treffliche Interpretation des fr. 17. cit. zu verweisen.

Diſpoſitionen des Teſtaments **ex bono et aequo** geſchützt ſein. Alſo nicht wie in jenen anderen drei Fällen wird der Ungültigkeitsgrund des Teſtamentes ſelbſt vom Prätor mißbilligt, ſondern das Ganze ruht auf einem von Außen herzutretenden Umſtande, auf dem Willen des Civilerben, und dies **beneficium abstinendi** iſt die Grundlage, aus welchem die weiteren Rechtsverhältniſſe ſich erklären.

Ich überlaſſe es dem Leſer, ſich die Aehnlichkeiten und Unähnlichkeiten, welche hiernach zwiſchen dieſem vierten Falle und den anderen dreien beſtehen, ſelbſt zu conſtruiren, und begnüge mich die Hauptpunkte, welche das **beneficium abstinendi** mit ſich führt, hervorzuheben. Der **suus**, welcher abſtinirt, bleibt nichts deſtoweniger **heres** [3]), aber der Prätor läßt die Wirkungen des Erbrechts nicht für ihn eintreten [4]). Die gewöhnliche Folge davon iſt nun, wegen der meiſt vorliegenden Inſolvenz, die **bonorum venditio**, wovon denn auch die Römiſchen Juriſten meiſtens ſprechen [5]), und in dieſem Falle iſt nicht die Aufrechthaltung des Teſtaments, ſondern die Prätoriſche Univerſalſucceſſion aus der **bonorum venditio** das Endreſultat.

Aber freilich kann der **suus**, auch ohne daß das Vermögen inſolvent iſt, abſtiniren, er kann gute Gründe haben, ſich in die weitläuftigen väterlichen Erbſchaftsverhältniſſe nicht einlaſſen zu wollen [6]), ja es braucht ihm auch der Vater gar nicht abhold geweſen zu ſein. Wir können ja annehmen, daß er Andere inſtituirte, aber dem präterirten **suus** ein großes Legat hinterließ. Ebenſo wenig wie nach Note 6. der inſtituirte Sohn, wenn er abſtinirt, dadurch ſein Recht auf das Legat

3) fr. 1. §. 7. si quis omissa. fr. 30. §. 10. de fideic. lib.

4) Fr. 12. pr. de int. in jure.

5) Gai. II. 158. fr. 8. de jure del. fr. 28. de reb. auct. jud. fr. 10. de sepulcro viol.

6) Fr. 87. de legat. I. (Pap.) Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit; durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. fr. 89. de legat. I.

einbüßt, so kann man es dem Präterirten verweigern, wenn er gerade deßhalb auf die Universalsuccession verzichtet, damit der Instituirte als **sec. tab. bonorum possessor** die Erbschaft regulire und ihm sein Legat auszahle.

Umgekehrt kann es auch gerade der Sohn selbst sein, welcher, obgleich das Testament durch ihn vernichtet ist, (wenn er unter einer casuellen Bedingung instituirt war) die **sec. tab. b. p.** erbittet, sei es aus Pietät, sei es aus anderen Zwecken; wobei es aber nicht zweifelhaft ist, daß wenn er nur unter gewissen Voraussetzungen (z. B. die Bedingung seiner Einsetzung werde eintreten) auf sein Notherbenrecht verzichtete, weiter hinaus auch die testamentarische Succession nicht aufrecht erhalten wird (s. §. 89.).

Ueberhaupt wird Jedermann einsehen, daß die Wirkungen des Abstinirens sehr verschiedenartige sein können, und daß dies aus den Gründen sowie den Voraussetzungen, unter denen der Verzicht des **suus** vorgenommen wurde, sich stets gar leicht ableiten läßt [7]).

III. Die kaiserlichen Rescripte.

§. 110. Ueber die bisher dargestellten vier Fälle ist der Prätor in der Aufrechthaltung civilrechtlich ungültiger Testamente nicht hinausgegangen, wenigstens finden wir davon in unseren Quellen keine Spuren. An dies Prätorische Recht knüpften nun aber wiederum die Kaiser an, und zogen so die Sache gleichsam wieder ins Civilrecht zurück. Dies bleibt mir nun noch darzustellen übrig.

Wir haben hier drei verschiedene Punkte kennen zu lernen,

---

7) Alle Successionen, welche hinter einem abstinirenden **suus** eintreten, ruhen lediglich auf **Billigkeit**, aber freilich einer sehr natürlichen. Man nahm an, daß der **suus** nur **quoties rem haberet** (d. h. wenn er das Vermögen wirklich erhält), dem entgegenstehe, welcher beim Nichtvorhandensein desselben **heres** sein würde; das **nudum nomen sui heredis** soll kein Hinderniß sein. So rief man denn auch, wenn kein Testament vorhanden war, hinter dem abstinirenden **suus** die Mutter fr. 2. §. 8. **ad SC. Tertull.** African und Publicius hatten dies nur zweifelnd aufgestellt (**tentant dicere**), Ulpian billigt es mit den Worten: **quae sententia aequior est.**

die sich aber nur auf zwei von jenen vier Fällen, nämlich das **non jure factum** und **ruptum testamentum** beziehen. Für das **irritum** so wie das wegen Abstention des **suus** aufrecht erhaltene Testament ist das bisherige Recht unverändert geblieben.

1. **Das testamentum posterius imperfectum.** Wir beginnen mit einem Punkte, der sich auf das **non jure factum testamentum** bezieht, und von dem wir auch gar nicht mit Bestimmtheit wissen, ob er in der That durch ein kaiserliches Rescript eingeführt sei. Nur aus seiner inneren Natur läßt sich dies als wahrscheinlich entnehmen, da er mehr einer singulären kaiserlichen Verfügung als einer Prätorischen Edictsbestimmung ähnlich sieht.

Das **test. non jure factum** war gegen ein früheres civilrechtlich gültiges nach Prätorischem Rechte, wie wir gesehen haben, nicht geschützt, wohl aber gegen die, welche als **legitimi** Anspruch auf die Erbschaft machten, unter Anderem auch dann, wenn der im Testament Eingesetzte selbst der nächste civile Intestaterbe war; denn alsdann waren ja seine Gegner nicht wahrhaft **heredes ex jure civili**. Diesen Satz finden wir nun merkwürdiger Weise auch auf den Fall übertragen, wenn aus einem früheren Testamente ein Civilerbe dem **b. possessor** gegenübersteht [1]).

Aus dem bisher dargestellten Prätorischen Rechte folgt dies, wie leicht einzusehen ist, nicht; es ist eine ganz neue, die Bedeutung des **non jure factum testamentum** vergrößernde Bestimmung, von der wir nicht wissen, wann und von wem sie eingeführt worden ist, bei der es auch überdem unklar bleibt, ob die testamentarischen Civilerben nur dann zurückgetrieben werden sollen, wenn die im zweiten Testament Eingesetzten die nächsten Civilintestaterben, oder auch die nächsten vom Prätor **ab intestato** Gerufenen sind. Das

1) Fr. 2. de injusto rupto (Ulp.). — Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

aber ist jedenfalls sicher, daß unter diesem zweiten **non rite perfectum testamentum** zu Ulpians Zeit lediglich unser **non jure factum**, welchem der Prätor jene suppletorische Gültigkeit verliehen hatte, verstanden werden kann.

Dies Alles ist sehr gut von Fabricius S. 127. u. ff. entwickelt worden, und ich habe deßhalb nur noch Folgendes hinzuzufügen. Fabricius nimmt mit Recht an, daß der Rechtsschutz des im **imperfectum** Eingesetzten darauf ruht, daß er die **sec. tab. b. p.** agnosciren muß, und alsdann gegen den klagenden testamentarischen Civilerben die **doli exceptio** hat, oder umgekehrt Letzterem gegen das Interdict des Ersteren nicht mehr die **doli exceptio** zugestanden wird. Deßhalb meint aber Fabricius, Ulpian könne unmöglich die Endworte: **tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur**, welche auf eine civilrechtliche Vernichtung deuteten, geschrieben haben, und sie könnten nur von den Compilatoren herrühren.

Mir scheint diese Annahme kaum nöthig. Das **non jure factum testamentum** erschien schon als prätorisch gültig, jetzt wird es sogar in diesem besonderen Falle dem Civiltestamente vorgestellt, und wenn nun namentlich es richtig wäre, daß dies durch ein Kaiserrescript geschehen sei, so scheint mir, daß Ulpian recht wohl so schreiben konnte, wenngleich der ganze Rechtsschutz nur auf verweigerten und gegebenen **exceptiones doli** ruht, und der im zweiten Testament Eingesetzte lediglich durch die **sec. tab. b. p.**, nicht auch durch **her. aditio** zur Erbschaft gelangen kann.

Sei dem, wie ihm wolle, jedenfalls wurde hier jetzt dem practischen Effecte nach das frühere Testament durch das spätere **imperfectum** rumpirt. Und dies mußte nothwendig die weitere Folgerung herbeiführen, daß da das spätere Testament seinem Inhalte nach aufrecht erhalten wird, dieser Inhalt nun auch für die Frage in Betracht kommen muß, ob nicht dadurch das Notherbenrecht Anderer verletzt sei. Und wenn dies der Fall ist, so muß das spätere Testament, gerade weil es das frühere vernichtet, der Grund werden, daß der Notherbe zur Succession gelangt, während wenn das zweite Testament gegen das erste nicht aufrecht erhalten werden kann, es

natürlich nur darauf ankommt, ob in diesem ersten der fragliche Notherbe gehörig berücksichtigt worden sei [2]).

2. Das **testamentum ruptum**. Den vorigen Fall habe ich gleich vorausgestellt, weil wir nicht wissen, wann die angegebene Rechtsänderung eingeführt worden ist, und sie möglicherweise den jetzt zu prüfenden Punkten, bei denen wir Zeit und Urheber kennen, vorausgegangen sein kann.

Ein Rescript von Hadrian bestimmte, daß die **sec. tab. b. p.** aus jenem Falle des **ruptum testamentum** nicht bloß, wie der Prätor angenommen hatte: **si nemo alius sit jure civili heres**, sondern überhaupt **cum re** sein solle.

Wir wollen gleich, ehe wir die Stelle kennen lernen, wodurch dies bewiesen wird, die Bedeutung dieses Satzes verfolgen. Die Prätorische Regel über das **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum** habe ich oben so bezeichnet, daß sie eine suppletorische, ihrer inneren Bedeutung nach hinter den **legitimi** aber vor allen Prätorischen Intestaterben stehende Klasse bildet. Jetzt wird nun das **ruptum** gegen alle Civilerben geschützt d. h. gegen die **legitimi** (denn testamentarische sind hier nicht denkbar), was heißt dies also Anderes, als das bisher für vitiös gehaltene Testament ist es jetzt gar nicht mehr, und zwar da ein kaiserliches Rescript dies bestimmt,

---

2) Fr. 12. §. 1. de b. p. c. t. (Gaius). — Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet (c. t.) bonorum possessionem, si remoto quoque filio (wenn man sich den filius hinwegdenkt) potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes; et ita jus habet, ut quum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur. S. §. 95. Note 2. Unter dem filius ist hier übrigens ein emancipatus verstanden, denn beim filius suus ist das Testament, auch wenn er schon wieder gestorben war, inutiliter errichtet, hier würden also auch amoto filio die Eingesetzten nicht hereditatem obtinere fr. 16. §. 1. de vulg. et pup. subst. Also überhaupt das zweite Testament darf nicht aus einem anderen auch vom Prätor anerkannten Grunde von vorn herein nichtig sein.

ſo kann es auch nicht einmal mehr ein civilrechtlich ungültiges Teſtament genannt werden. Wir dürfen alſo auch ſagen, daß die alte Klaſſe der **sec. tab. b. p.** aus einem **jure factum testamentum** dieſen Fall des **ruptum** ganz in ſich verſchmolzen hat, und ſo iſt denn der civilrechtliche Vernichtungsgrund, welcher hier früher beſtand, und Anfangs einen vernichtenden Beweis für die **sec. tab.**, ſpäter einen Grund der **b. p. sine re** darbot, jetzt hinweggefallen. Nur noch in einem allerdings wichtigen Punkte beſteht ein Unterſchied zwiſchen dem vollgültigen und dieſem **ruptum testamentum**. Aus jenem braucht der Inſtituirte die **sec. tab.** gar nicht zu agnosciren, und kann dann doch eine **ab intestato** hinterdrein ertheilte **b. p. sine re** machen. Aus dem **ruptum testamentum** aber muß der Eingeſetzte, wenn er zur Succeſſion gelangen will, die **b. p.** erbitten, eine bloße **her. aditio** und in Folge derſelben **her. petitio** gegen einen ſpäteren **b. possessor** iſt ihm nicht geſtattet. Dies erklärt ſich daraus, daß das kaiſerliche Reſcript ſich ganz in die Form des Prätoriſchen Rechts einkleidet, alſo abgeſehen von dem, was es direct daran verändert, ganz auf den Vorausſetzungen der Prätoriſchen Succeſſion ruht.

Nunmehr können wir zu den Pandektenſtellen übergehen, worin von dieſem Rechte des **ruptum testamentum** die Rede iſt. Sie ſind deßhalb noch beſonders intereſſant und wichtig, weil darin auch zugleich eine Zuſammenſtellung mit dem Rechte anderer vitiöſer Teſtamente, welches wir ſchon kennen, enthalten iſt. Betrachten wir zuerſt das bekannte **fr. 12. pr. de inj. rupto** von Ulpian:

> **Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt; idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum pos-**

sessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Abgesehen von dem Endsatze ist die Stelle sehr einfach verständlich. Daß aus dem **ruptum testamentum**, sobald nur die bedingenden Beweise vorliegen (**si signatum fuerit testamentum**), eine **sec. tab. b. p.** trotz der civilrechtlichen Ungültigkeit gegeben werde, ist gar nichts Neues, das lag schon in jener früheren Prätorischen Bestimmung. Das Eigenthümliche, um dessentwillen Ulpian das Rescript Hadrians anführt, ist das absolute **rem obtinebit**, d. h. daß die **b. p.** jetzt stets **cum re** sein soll, und daher die Legatare und Fideicommissare vollkommen gesichert sind [3]). Mit anderen Worten die Prätorische Einschränkung, daß die **sec. tab.** dann nicht **cum re** sein soll, **si alius sit jure civili heres**, wurde nun auch hier aufgehoben.

Dies leuchtet noch unzweifelhafter aus dem Gegensatze hervor, in welchem Ulpian die am Ende der Stelle erwähnten beiden Fälle dem **ruptum** gegenüberhält. Die **b. p.** aus dem **injustum** und **irritum testamentum** soll nur dann abso-

3) Fabricius S. 136. u. S. 209. beschränkt dies wegen fr. 13. de doli mali exc. auf den Fall, wenn dem b. possessor Agnaten gegenüberstehen, wogegen die liberi ihm die b. p. noch immer zur sine re hätten machen können. Allein dies scheint mir mit den ganz ausnahmslos hingestellten Worten Ulpians: remque obtinebit durchaus unvereinbar, und daß jenes fr. 13., das so viele Schwierigkeiten gemacht hat, damit ganz übereinstimmt, habe ich in meiner hist. b. p. sec. tab. p. 62. gezeigt: Liberis exheredatis, qui nihil ex patris judicio meruerunt, rupto testamento jus suum conservandum est, nec opponetur doli mali exceptio. Dies heißt nicht: den exheredirten Kindern wird, wenn das Testament rumpirt ist, ihr Recht conservirt (das würde ja gar nicht zu dem Zusatze: qui nihil ex patris judicio meruerunt passen); sondern es heißt umgekehrt: wenn Kinder exheredirt sind, so ist dem ruptum testamentum sein Recht zu conserviren, und es kann auch nicht mehr die doli exceptio opponirt werden, welche hier vor dem Rescript Hadrians die legitimi, ebenso wie beim irritum testamentum, dem b. possessor entgegensetzen konnten. Auch die Kinder und Erben des Exheredirten dürfen sich nicht auf die exceptio berufen; exheredatus enim obstat filiis suis. fr. 3. de conjungend. cum em.

lut **cum re** ſein, wenn der Eingeſetzte der nächſte Inteſtaterbe iſt, während dieſe Einſchränkung für das **ruptum** nicht mehr beſteht. Aber nun erhebt ſich die Frage, welche Fälle Ulpian mit den beiden Ausdrücken **injustum** und **irritum** bezeichnen will. Für letzteres beſteht kein Zweifel, Erſteres dagegen wird neuerdings meiſtens auf das durch Präterition eines (**filius**) **suus jam natus** nichtige Teſtament bezogen [4]), was ich ſchon in meiner **historia b. p. sec. tab. p. 55.** widerlegt zu haben glaube. Die Gründe, aus denen dies hervorgeht, ergeben ſich aus der bisherigen Darſtellung von ſelbſt. Daß nämlich jene Prätoriſche Rechtsregel ſich auch auf dieſen vierten Teſtamentsfehler bezogen habe, davon findet ſich nirgends in den Quellen eine Spur, und aus dieſer zweifelhaften Stelle ihn gerade beweiſen wollen, iſt deßhalb unzuläſſig, weil der Ausdruck **injustum testamentum**, wenn er auch bisweilen für dieſen Teſtamentsmangel gebraucht wird, doch keineswegs ausſchließend techniſch dafür iſt [5]) und jedenfalls Niemand läugnen wird, daß Ulpian ſehr wohl unter **injustum** auch das **non jure factum** verſtehen **konnte**. Beide Ausdrücke ſtehen ja ſprachlich ganz unmittelbar bei einander. Ziehen wir nun das im §. 108. Geſagte hinzu, bedenken wir namentlich, daß dies Schweigen des Gaius über dieſen fraglichen vierten Fall hier wahr-

---

4) Francke S. 118. Mühlenbruch Bd. 36. S. 318. Vangerow Leitfaden II. S. 254.

5) Dieſes **vitium** hat nicht ſo wie das Nachgeborenſein eines Kindes, die **cap. dim.** des Teſtators, die Ausſchlagung des **heres**, die Formfehler, einen eigenen ganz beſonderen Namen erhalten, ſondern bald wird das Teſtament **nullius momenti** (fr. 1. de inj. rupt. fr. 83. de cond. et dem.) bald **inutile** (fr. 30. de lib. et post. Gai. II. 123.) genannt, bald endlich wird davon allerdings geſagt, daß die Söhne es **injustum faciunt** (fr. 3. §. 3. fr. 6. §. 1. de lib. et post.). Aber dies heißt nichts als „ſie machen es ungültig," und eine techniſche Bedeutung iſt daraus nicht zu entnehmen, denn in ähnlicher Weiſe wird auch **irritum facere** oder **in irritum constituere** (obgleich ſonſt **irritum testamentum** eine ganz beſondere Bedeutung hat), häufig gebraucht. **Isidor. Or. V. 24. fr. 1. de inj. rupt. fr. 15. §. 1. fr. 27. fr. 36. §. 3. de test. milit. fr. 81. de legat. II. fr. 18. de accus. et inscript. fr. 26. de negot. gest. fr. 11. §. 8. de interrog. in jure. fr. 14. de reb. eor. qui sub tut.**

lich Mehr ist, als etwas bloß Negatives, so schwindet auch die Möglichkeit, in unserer Ulpianschen Stelle aus dem zweifelhaften Ausdruck **injustum testamentum** auf das Bestehen jenes Prätorischen Schutzes für das durch den Hausſohn vernichtete Testament zu schließen [6]). Und von der anderen Seite ist die Annahme ja so nahe liegend, daß, wie Gaius und auch Ulpian (XXIII. 6.) die drei Fälle des **non jure factum**, **irritum** und **ruptum** nebeneinanderstellen, so dies auch in unserem **fr. 12. pr. cit.** geschehen sei [7]). Nur versetzt sich dabei Ulpian auf einen anderen Standpunkt als dort. Das **ruptum testamentum** war nach dem Rescripte Hadrians absolut geschützt worden, der Jurist kann also das **non jure factum** und **irritum** nur unter der Voraussetzung damit zusammenstellen, wenn die daraus ertheilte **b. p.** ebenfalls gleich mit der Ertheilung absolut **cum re** war. Dies ist aber, wie wir vorher schon entwickelt haben, lediglich der Fall, wenn der darin Eingesetzte zugleich der nächste Intestaterbe ist. Für das **irritum** bezweifelt dies Niemand, und auch das **non jure factum** ist, wie eben unter Nro. 1. ausgeführt wurde, nur unter dieser Voraussetzung absolut auch gegen ein früheres Civiltestament geschützt [7a]). Zugleich liegt aber hierin, daß Ulpian

---

6) Die Ansicht, daß in diesem Falle der Prätor noch weiter, als beim non jure factum, irritum und ruptum test. gegangen sei, und die sec. tab. für absolut cum re erklärt habe (so daß also der Prätor hier das gethan hätte, wozu es beim ruptum erst durch das Rescript Hadrians kam), hat gar nichts für sich, und ist schon von Francke S. 115. widerlegt.

7) Noch in einer anderen Stelle (fr. 1. de exc. rei jud.) werden die drei Fälle des ruptum, irritum und non justum testamentum zusammengestellt; freilich ohne weitere Erklärung, was darunter verstanden werde. Aber der Jurist muß doch die Aufrechthaltung dieser Testamente annehmen, da er daraus eine Klage auf die libertas oder ein Legat zuläßt, und sogar aus der Zurückweisung des Legatars (mag der Richter recht oder unrecht entschieden haben) kein praejudicium für die libertas entstehen soll. —

7a) Damit widerlegt sich Franckes Bedenken, daß von dem non jure factum test. deßhalb hier nicht die Rede sein könne, weil nach dem Rescript des Anton. Pius (Mark Aurel) dies ebenfalls absolut und nicht bloß wenn der Instituirte zugleich Intestaterbe war, geschützt

gar nicht die Absicht hat, das ganze Rechtsverhältniß des **non jure factum** und **irritum test.** zu entwickeln, also alle Fälle anzugeben, in denen die daraus ertheilte **b. p. cum re** ist. Also die anderen beiden Fälle, die wir oben gerechtfertigt haben (daß der **b. possessor** das Vermögen behält, wenn sich kein Civilerbe findet, oder wenn der vorhandene die **her. pet.** nicht anstellt), bestehen noch daneben, nur eigneten sie sich, da das **cum re**-Sein hier im Anfange noch unsicher ist, nicht zur Zusammenstellung mit dem **ruptum testamentum.** —

Außer dem **fr. 12. cit.** besitzen wir noch eine andere hieher gehörige Pandektenstelle [8]), worin aber nur zwei von unseren Fällen, nämlich das **irritum** und **ruptum testamentum** mit einander verglichen werden. Auch sie ist uns zur klareren Anschauung dieser ganzen Lehre dienlich.

> **Fr. 8. §. 3. de jure codicill. (Paul.) — Si post factum testamentum codicillos quis confirmaverit, deinde arrogandum se praebuerit, et ibi codicillos fecerit, atque ita emancipatus decesserit, quaeritur, an ex codicillis legata debeantur, nam et (Hal. nec) testamentum valet; sed (et) eo tempore eos fecit, quo testamenti factionem non habuit; nec similis est muto, qui recte codicillos confirmaverit, licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat, in eodem statu est; hujus autem testa-**

---

worden sei. Wir werden alsbald sehen, daß jenes Rescript dem non jure fact. nur gegen die legitimi Schutz gewährte, sollte es absolut (also auch gegen testamentarische Civil-Erben) gültig sein und mithin die Legatare völlig sicher stellen, so mußten die nächsten Intestaterben (nach Nro. 1.) eingesetzt sein. Da dieser Satz aber auch noch im Justinianeischen Rechte für das imperfectum testamentum gilt (wobei allerdings das Wort imperfectum einen anderen Sinn hat), so macht unsere Interpretation des fr. 12. auch vom Standpunkte der Justinianeischen Compilation keine Schwierigkeit

8) **Fr. 9. de jure fisci** gehört nicht hieher. Es spricht von einem nach dem Tode geborenen und gleich wieder verstorbenen postumus. **fr. 22. §. 4. de capt. et de postlim.** ist aus der **fictio legis Corneliae** zu erklären.

mentum sublatum est, et de alienis quodammodo rebus testatur. Sed dicemus, codicillos valere, nam etsi postumus natus ruperit testamentum et decesserit, nihilominus codicilli valent.

Der Jurist fragt, ob neben dem **testamentum irritum** die Codicille bestehen können, welche im Zustande des Arrogirtseins errichtet wurden. Wenn nun auch gerade die Lesart des Hauptgrundes, den der Jurist anführt, zweifelhaft ist, so scheint mir doch sein ganzer Gedankengang wenig Zweifel zu lassen. Nachdem er zuerst die Frage aufgeworfen hat, geht Paulus offenbar darauf aus, Gegengründe, welche die Ungültigkeit der Codicille mit sich zu führen scheinen, anzugeben, und ebendeßhalb läßt sich die Lesart: **nam nec testamentum valet** allerdings vertheidigen. Er versetzt sich in die Zeit, wo die Codicille gemacht werden. „Hier gilt ja nicht einmal das Testament selbst, und (man müßte dann auch für **sed: et** lesen) er hat sie zu einer Zeit errichtet, wo er keine **testamentifactio** hatte. Es läßt sich dies also mit einem **mutus** gar nicht vergleichen, denn durch den nachher eintretenden Körperfehler wird das frühere Testament gar nicht afficirt, während es durch die Arrogation vernichtet wird." So läßt sich der Sinn allerdings fassen: aber richtiger scheint mir doch die entgegengesetzte Lesart. Danach führt Paulus gleich zuerst einen bejahenden Grund an. „Die Codicille müssen allerdings gelten, denn es gilt ja auch trotz der vorübergehenden Arrogation das Testament." Die Worte **nam et testamentum valet** heißen danach so viel, als was Papinian in **fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.** (§. 107.) mit **non enim de jure testamenti maxime quaeritur** ausdrückt. Das Testament wird als ein an und für sich gültiges vom Prätor behandelt, und offenbar nimmt Paulus hier eine **b. p. cum re** des Eingesetzten an, da er lediglich die Frage aufwirft, ob die Legatare aus jenen Codicillen auftreten dürfen, was wenn der Eingesetzte selbst durch die **legitimi** vertrieben werden könnte, eine ganz unnütze Frage gewesen wäre.

Nachdem er also zuerst die Gültigkeit des Testaments anerkennt, giebt er dann freilich einen Gegengrund zu, und so

wird das **sed** vollkommen erklärlich. „Allerdings hat der Arrogirte in der Zwischenzeit keine **testamentifactio**, und auch sein Testament war einstweilen völlig **sublatum**, also mit dem **mutus** kann man ihn nicht vergleichen." Dafür aber führt nun Paulus am Schluß einen anderen Fall an, der zur Vergleichung geeigneter ist. Auch bei dem wieder verstorbenen **postumus** ist eine Zwischenzeit, worin das Testament völlig ungültig war. Aber da dies doch seit Hadrian absolut auch mit den Legaten aufrecht erhalten wurde (**remque obtinebit, et legatarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi**), so konnte hier jedenfalls kein Zweifel sein, daß auch die in der Zwischenzeit errichteten Legate, als **annexum** des Testaments, Gültigkeit haben müßten [9]).

Freilich ist nun jenes **irritum testamentum** nicht so stark geschützt, als das **ruptum**. Die **legitimi** können dagegen auftreten; aber mit Recht meint Paulus, daß dies für die aufgeworfene Frage (bei der ja die **legitimi** als nicht auftretend zu denken sind) nicht in Betracht komme. Die juristische Grundlage ist doch beim **irritum** wie beim **ruptum** dieselbe; an dem **jus testamenti** selbst wird nicht gezweifelt, ob also im einem Fall die **legitimi** eine **doli exceptio** gegen den klagenden Eingesetzten haben, und im anderen Falle sie ihnen versagt ist, kommt jedenfalls für das Verhältniß des Instituirten zu den Legataren nicht in Betracht.

So kommen wir also, mag Paulus **et** oder **nec** geschrieben haben, in Beziehung auf die juristische Beurtheilung des Falles, wie sie dem Juristen vorschwebte, doch zu einem sicheren Resultate, welches mit dem oben aus anderen Stellen Entwickelten vollkommen übereinstimmt.

§. 111. — 3. Das Rescript Mark Aurels über das **non jure factum testamentum**. Wir gelangen jetzt zu dem letzten Punkte. Das **non jure factum testamentum** war, wenn der nächste Intestaterbe sich darin eingesetzt fand, gegen die testamentarischen Civilerben, und natürlich auch die entfernter stehenden **legitimi** (welche ja dann gar keine **heredes**

9) s. auch fr. 12. §. 5. de captiv. et de postlim

waren) geschützt worden; im Uebrigen aber galt nur jener Prätorische Satz, daß wenn kein Civilerbe die **her. pet.** anstelle, die **b. p. cum re** sein solle. Dies hat nun Mark Aurel dahin verändert, daß der **b. possessor** wenigstens gegen die Civilintestaterben mit der **doli exceptio** sich vertheidigen könne. In Beziehung auf die testamentarischen **heredes** also blieb es beim bisherigen Rechte.

Dies Rescript Mark Aurels ist offenbar die Nachahmung des von Hadrian für das **ruptum** erlassenen. Es hat auch an und für sich gleiche Ausdehnung, indem in beiden Fällen die **legitimi** (durch **doli exc.** gegen deren **her. pet.** oder umgekehrt durch Verweigerung der **doli exc.** gegen das Interdict des **b. poss.**) vertrieben werden, aber der Unterschied ist, daß bei dem **ruptum** sich keine testamentarische Civilerben der Natur der Sache nach denken lassen, während dies allerdings beim **non jure factum** möglich ist, und so letzteres nicht denselben vollkommenen Schutz erhielt, als ersteres. Wenn wir also bei dem **ruptum** gesagt haben, es sei aus der hinter den **legitimi** stehenden Klasse herausgenommen, und mit der alten **sec. tab. b. p.** völlig verschmolzen, so können wir hier es nur so fassen, daß seit Mark Aurel das **non jure factum** der inneren Berechtigung nach eine eigene Klasse gleich hinter der **b. p. ex jure facto testamento**, also vor sämmtlichen Intestatklassen bilde; während freilich in Beziehung auf die äußere Agnitionsfrist alle **b. possessiones** aus vitiösen und nicht vitiösen Testamenten ein einziges Ganzes ausmachen.

Aus der Gleichheit, welche hiernach die Rescripte Mark Aurels und Hadrians darbieten, geht nun zur Genüge hervor, daß der neue hier eingeführte Rechtssatz an und für sich von ganz singulärer Bedeutung ist. Noch mehr erhellt dies aus der Darstellung, welche uns Gaius davon giebt, und die sich gleich an jene Stelle über den Prätorischen Schutz des **non jure factum testamentum** anschließt. (s. oben §. 106.)

> **Gai. II. 120. Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus exstent, potiores scriptis heredibus habeantur. rescripto enim Imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos,**

qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

Wir haben oben gesehen, daß der Prätorische Schutz des **non jure factum testamentum** sich auf mehre Arten der unbedeutenderen Formmängel erstreckt, nicht bloß wenn die **familiae mancipatio** oder **nuncupatio** vergessen war, sondern auch wenn eine Frau ohne ihren **tutor** testirt hatte. Die Prätorische Regel wird nun von Gaius ausdrücklich auf dies Beides bezogen (vielleicht ging sie auch auf die Form der Institution). Aber das Rescript Mark Aurels erstreckt er zuerst nur auf die Unterlassung der **familiae mancipatio** und **nuncupatio**, nicht auf die Testirung ohne **tutor**, obgleich es doch, wie er sagt, allgemein von denen redet, **qui secundum tabulas non jure factas b. p. petierint.** Deßhalb läßt er es ohne Beschränkung nur für die Testamente der Männer gelten (wo ja die Frage über den Tutor nicht vorkommen konnte), und dann macht er für die Frauen eine Einschränkung, die bei der Prätorischen Regel nicht gegolten hatte [1]).

Das Rescript ist mithin seinem eigentlichen directen Inhalte nach sehr unbedeutend; und dennoch müssen wir sagen, daß es in Beziehung auf die Folgen, die daraus hervorgegangen sind, von ganz außerordentlicher Wichtigkeit ist. Der Grund davon liegt in der inneren Natur des vorliegenden Falls. Daß Hadrian das **ruptum testamentum** besser stellte, ist etwas ganz Unbedeutendes, da der Fall selbst ein höchst singulärer ist. Ebenso wäre von unserem Rescripte, wenn es der Frau bloß

1) Gai. II. 121. 122. Die Zuziehung des Tutors solle nämlich noch immer nöthig sein, wenn es ein parens oder patronus war. Daß der Prätor diese Einschränkung bisher nicht gemacht hatte, ist sehr erklärlich, da der Patron ja dann doch nächster Intestaterbe war, und die b. p. zur sine re machen konnte. Jetzt aber wurde sie, um sein Recht nicht zu verletzen, nöthig — Hieraus folgt, daß wenn eine Frau ohne legitimus tutor testirt hatte, aus dem Testament eine sec. tab. erbeten werden konnte, die sich zur sine re machen ließ. Also hat die Prätorische Regel auch nach dem Rescripte in diesem freilich beschränkten Kreise selbst für Intestaterben fortgegolten, was dann später spurlos verschwunden ist. Man hat dies bisher übersehen.

den Tutor erlassen, und auch noch Mehres derartiges bestimmt hätte, wenig Aufhebens zu machen. Aber jener andere Punkt, daß die Mancipationsförmlichkeiten des Testaments für unnöthig erklärt wurden, ist von so großen Folgen gewesen; Folgen, die offenbar der Kaiser bei der Erlassung des Rescripts gar nicht vor Augen hatte und haben konnte. Es hat sich nämlich daraus eine ganz neue Testamentsform entwickelt, während bisher und überhaupt in der ganzen Zeit der klassischen Juristen ein einziges Testament, das **test. per aes et libram**, bestand. Wir werden dies im folgenden Buche (Kap. 2.) weiter durchzuführen haben. — Hier sei mir nur noch erlaubt darauf hinzuweisen, welchen Werth es hat, daß uns durch Gaius eine klare Anschauung dieses Rescriptes und seiner Anknüpfung an das bisherige Prätorische Recht möglich geworden ist. Dies und die Mittheilungen des Gaius über die **pro herede usucapio**, zwei Punkte, auf die man durch Conjecturen nie gelangt sein würde, sind vielleicht die wichtigsten der neueren Zeit gebotenen Hülfsmittel zu einer tieferen Durchschauung des älteren Römischen Erbrechts.

Wir stehen hiermit am Schluß der Lehre von den Fortbildungen der **sec. tab. b. p.**, und damit zugleich am Schluß des Gegenstandes, der den Hauptinhalt dieses zweiten Buchs bildet. Wir kennen jetzt sämmtliche Erbklassen, welche allmählig sich an die ursprüngliche Gestalt der **b. p.** anschlossen, und so das an und für sich kleine Institut zu einem das gesammte Römische Erbrecht erweiternden und fortbildenden Erbsystem machten. In dem folgenden Kapitel haben wir nur noch gemeinsame Lehren über Delation und Acquisition, also überhaupt über die Handhabung des gesammten Prätorischen Erbrechts, zu erörtern. Das Bild, welches wir uns in diesem Werk zuerst von der klassischen Juristenzeit zu entwerfen hatten, ist alsdann beendigt.

Blicken wir noch einmal zurück auf die Gesammtheit der Erbklassen, die wir jetzt erörtert haben. Es sind zwei Elemente, welche in der Geschichte des Römischen Erbrechts die eigentlich

bewegende Rolle gespielt haben, und die Hebel bei der Ausbildung des alten gar zu engen Civilrechts gewesen sind. Ich habe sie gleich im §. 2. dieses Werks hervorgehoben: das Interesse der Personen, welche die Antretung des Erben wünschen, um gegen ihn Rechte geltend zu machen, und das Interesse derer, welche sie umgekehrt nicht wünschen, um in ihrer Ermangelung selbst die Universalsuccession in Anspruch zu nehmen. Beide Elemente, für die im alten Civilrecht gar zu wenig Sorge getragen war, sind durch das Prätorische Recht nach und nach befriedigt worden, nur daß zu verschiedenen Zeiten das eine oder das andere mehr hervortritt. Wir können danach die ganze Zeit, welche wir bis jetzt durchmessen haben, in drei kleinere Zeiträume eintheilen.

In der ersten Periode herrscht durchaus das Element vor, das Recht der Personen, welche die Antretung des **heres** wünschen (also besonders die Gläubiger, im Fall der testamentarischen Succession auch die Legatare, früher auch noch wegen der **sacra** die Pontifen), zu verbessern. Was hier der Prätor thut, geschieht allerdings **emendandi juris civilis gratia**, aber er macht noch keine neue Erbklassen, er erreicht schon dadurch sehr viel, daß er die civilen Erbklassen im **successorium edictum** hintereinander ruft. Die Klassen selbst also sind noch **confirmandi juris civilis gratia** aufgestellt. Nur negativ wird hiemit schon das zweite Element durch Zurücktreibung der **pro herede** Usucapienten berücksichtigt.

Die zweite Periode umfaßt die Klasse der Cognaten und Ehegatten. Beide Elemente hielten sich hier gleichsam die Wage. Daß man neue Klassen überhaupt aufstellte, geschah: **ne quis sine successore moriatur**, also aus dem Interesse der Gläubiger; daß man zu den neuen Klassen gerade diese Personen rief, folgte aus der natürlichen Billigkeit, in Ermangelung des **heres** sie als die nächsten zur Universalsuccession Befugten anzuerkennen. Das Ganze geschah also wiederum **emendandi jur. civ. gratia**, aber auch die Klassen selbst haben hier diesen emendirenden oder suppletorischen Charakter.

Die dritte Periode enthält die **b. p. contra tabulas, unde liberi**, und die Erweiterungen der **secundum tabulas**. Das erste Element, das Interesse der Creditoren tritt hier ganz zu-

rück, dafür war im Bisherigen schon genug gesorgt [2]). Aber es waren noch mancherlei **juris scrupulositates** in Beziehung auf die zur Universalsuccession zu Berufenden auszugleichen. Auch dies hat vorherrschend den Charakter der Emendation, die aber freilich nicht immer ohne einzelne Correctionen des Civilrechts durchführbar war. So ist die **c. t.** absolut correctorisch gegen die **scripti heredes**, die **unde liberi** nur gegen die **legitimi**; die **b. p.** dagegen aus vitiösen Testamenten ist (abgesehen von den kaiserlichen Rescripten) lediglich supletorisch. Aber der Einführungsgrund aller dieser Veränderungen ist gar nicht mehr: **ne quis sine successore moriatur**, sondern das Streben, gewissen Personen unter bestimmten Voraussetzungen zur dauernden Universalsuccession zu verhelfen. Während in den bisherigen Klassen der Zweck des Prätors ebensosehr erreicht ist, wenn die **b. p.** zur **sine re** wird, so ist hier der ganze Grund, weßhalb der Prätor die Aenderungen einführt, daß die **b. p.** in bestimmten Fällen **cum re** sein soll, also definitives Behalten der Erbschaft, nicht mehr interimistische Universalsuccession. Die Rechtsmittel nun, welche der Prätor für die **b. p.** aufstellt, stammen aus der älteren Zeit her, sie sind ihrem Grundwesen nach auf die auch nur interimistische Universalsuccession berechnet. Deßhalb passen sie, wenn sie gleich immer genügenden practischen Schutz gewährten, ihrer eigentlichen juristischen Construction nach nicht mehr zu den Gestaltungen der dritten Periode. (s. §. 97. u. §. 107. Note 4.) Freilich war das noch kein genügender Grund, um das Klagensystem der **b. p.** bereits umzugestalten, aber es sind dies doch schon die Keime, welche weitere Rechtsentwickelungen, die wir kennen lernen werden, vorbereiteten. —

Folgende Tabelle wird hiernach die Uebersicht des Ganzen

---

2) Das Letzte, was in dieser Hinsicht der Prätor that, liegt an und für sich außer dem Gebiet der b. p.; es ist das jus deliberandi. Aber wegen seines sehr erklärlichen und unläugbaren Zusammenhanges mit der b. p. haben wir es im folgenden Kapitel noch genauer in's Auge zu fassen. — Nur das Interesse der Legatare kam bei einzelnen Punkten der sec. tab., wie im Bisherigen schon erwähnt wurde, allerdings in Betracht.

erleichtern. Die Zahlen bezeichnen die Klaſſen nach den äußeren Agnitionsfriſten, weshalb die b. p. aus vitiöſen Teſtamenten keine Zahl hat.

Dritte Periode. Corrigendi und supplendi j. c. gr.	Erſte Periode. Confirmandi j. c. gr.	Zweite Periode. Supplendi j. c. gr.
1. Contra tabulas		
sec. tab. a) ruptas. b) non jure factas	2. Sec. tab jure factas	
3. Unde liberi.		
	4. Unde legitimi. sui. (wenn ſie abſtiniren, ſo kann sec. tab. eintreten) agnati. (gentiles)	
sec. tab. c) irritas.		
		5. Unde cognati.
		6. Unde vir et uxor.

Fünftes Kapitel.

Delation und Acquisition der bonorum possessio.

§. 112. Das Prätoriſche Syſtem hatte neben den neuen Klaſſen, die es einführte, auch alle civilrechtlichen Klaſſen in ſich aufgenommen. Danach ſollte man meinen, daß man das Prätoriſche Erbrecht gar nicht als ein ſelbſtändiges dem civilrechtlichen gegenüberſetzen dürfe. Und in der That wird unſere bisherige Darſtellung es wohl zur Genüge erwieſen haben, daß die geſammte b. p., ſich eng an das Civilrecht anſchließend, durchgehends eine Emendation deſſelben bezweckt. Aber dabei bleibt es doch nicht minder wahr, daß die b. p. ein gewiſſes geſchloſſenes Ganzes bildet, welches auch in Gegenſatz zum Civilrecht treten kann. Der Grund davon iſt die Aufeinanderfolge der Agnitionsfriſten, in der, auch wenn ſchon ein Erbe nach Civilrecht vorhanden iſt, regelmäßig ſo lange die Berufung fortgeſetzt wird, bis Jemand die b. p. agnoscirt. Alſo das **successorium edictum** wird im Allgemeinen vom Prätor ohne Rückſicht auf das Recht des **heres** gehandhabt, was dann aber hinterdrein durch das **sine re**-Werden der b. p. ſich wieder ausgleicht.

Dieſe vom Civilrecht ganz abweichende Handhabung des **successorium edictum** oder die gemeinſamen Regeln über Delation und Acquiſition der einzelnen Klaſſen der b. p. haben wir jetzt noch genauer für die Zeit der klaſſiſchen

Juriſten feſtzuſtellen [1]). Wir müſſen dabei von dem in unſeren Quellen ſo oft hervorgehobenen Satze (ſ. Bd. I. S. 386. Note 3 u. fr. 1 de b. p. furioso) ausgehen, daß es der Zweck des Prätors iſt, ſo raſch als es bei den verſchiedenartigen Intereſſen möglich iſt, die Erbſchaft zu reguliren, und einen Repräſentanten des Verſtorbenen zu gewinnen.

Die Regeln des **successorium edictum** gehen darauf aus, dies Ziel in zweckmäßigſter Weiſe zu erlangen, und ſobald es im einzelnen Erbfalle dahin gekommen iſt, ſo ſtellt der Prätor ſeine Thätigkeit ein. Daher hat das **successorium edictum** ſein Ende erreicht, wenn Jemand **bon. poss.** agnoscirt [2]), noch viel mehr, wenn dieſe ſchon vom **heres** zur **sine re** gemacht iſt, wahrſcheinlich auch, wenn ſich das **sine re**-Werden mit Sicherheit vorausſehen läßt [3]). Bis aber einer dieſer Fälle eintrat, wurden immer von Neuem Friſten berechnet, um die Berufung durch alle die vielen jetzt beſtehenden Klaſſen hindurchzuführen. Wie indeß im Einzelnen dies zu verſtehen ſei, darüber ſind wir Nichts weniger als ganz im Klaren. —

Wenn wir ſagen, ſo wie ſich die Quellen ausdrücken [4]), daß für jede Klaſſe eine eigene Friſt von einem Jahr oder hundert Tagen angeſetzt wurde, ſo iſt doch damit eine deutliche Anſchauung, wie es ſich im praktiſchen Leben geſtaltete, noch durchaus nicht gegeben. Wurden denn, ſo kann man fragen, formell vom Prätor die Friſten angeſetzt, und etwa publicirt, und folgte denn nach deren Ablauf allenfalls eine Präcluſion der nicht Erſchienenen? Wenn auch dahin allenfalls einige Ausdrücke der Quellen gedeutet werden könnten [5]), ſo iſt davon

1) Es iſt dies alſo die Lehre, welche auch die Römiſchen Juriſten nach Darſtellung der einzelnen Klaſſen zum Schluſſe unter dem Titel de successorio edicto vereinigten, wodurch denn jene engere Bedeutung dieſes Ausdrucks entſtand, während er nach ſeinem urſprünglichen Sinn das ganze Edict über die b. p. bedeutete. Bd. I. S. 67.

2) ſ. Bd I. S. 227. Note 3. u. l. 2. C. de success. ed.

3) ſ. Bd. I. S. 234 ff.

4) fr. 1. §. 8. §. 12. de succ. ed.

5) z. B. fr. 1. §. 6. de succ. ed. — „jam coepit ad alios pertinere bon. poss., aut fiscum invitare. §. 10. — si quis — in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris competit.“

doch keine einzige sichere Spur, und man würde sich mit dieser Annahme in eine Reihe von Unmöglichkeiten verlieren, welche hier aufzuführen ich mir wohl ersparen kann. — Aber wenn man auch annimmt, daß die Fristen nur ideell berechnet wurden, und die Frage, ob die Frist noch nicht abgelaufen sei, immer erst, wenn Jemand zur Agnition erschien, in Betracht kam, so bleiben doch noch eine Menge von Bedenken. Am wenigsten Schwierigkeit macht es, daß das **tempus** als **utile** gilt. Nach dem Bd. 1. S. 103. Note 5. Gesagten, erscheint jede Frist äußerlich als **continuum tempus**, und deren Ablauf berechtigt die folgende Klasse die **b. p.** zu agnosciren, aber die in der vorhergehenden Gerufenen können auch noch jetzt nachträglich dieselbe erbitten, wenn ihr Nichtkönnen oder Nichtwissen der Grund ist, daß sie nicht schon früher erschienen waren [6]).

Aber wenn wir auch annehmen, daß die Fristen als äußerlich feststehende einander folgten, so bleibt doch immer die Ungewißheit, ob man im Allgemeinen diese Frist als hundert Tage oder als ein Jahr annahm, indem man vorher oft gar nicht wissen konnte, ob der darin Berufene sich die größere oder die kürzere Zeit zurechnen dürfe. Freilich in der **c. t. b. p.** werden nur Kinder gerufen, diese Frist ist also allgemein ein Jahr, aber gleich bei der **sec. tab.** können eingesetzte **parentes et liberi** in einem Jahr agnosciren; allen Uebrigen aber laufen nur hundert Tage. Wann fängt nun die Zeit an, wo eine **bon. poss. ab int.** erbeten werden kann?

In der Intestatsuccession aber werden wieder zuerst die **liberi** gerufen in einem Jahr, die Agnaten, die Cognaten und

---

6) Die Berechnung des **utile tempus** veranlaßt die Rücksichtnahme auf gar manche Punkte, die offenbar nur erst zur Sprache kommen können, nachdem der, um dessen Zulassung es sich handelt, überhaupt aufgetreten ist. Es ist also gar nicht möglich, daß der Prätor ohne dessen Beisein bloß durch Verhandlung mit einem Prätendenten aus einer späteren Klasse hätte fixiren können, ob dem Vorstehenden seine Frist abgelaufen sei oder nicht. Wenn er daher nicht alle Berufung einstweilen sistiren wollte, so mußte er wohl jede Frist von vorn herein als **tempus continuum** annehmen, und nach deren Ablauf den Nachstehenden zulassen. Man vergl. namentlich das Beispiel in **fr. 5. pr. quis ordo in poss.**

der überlebende Ehegatte jedesmal in hundert Tagen. Aber dies iſt wieder ſo einfach nicht, denn an der Stelle der Agnaten wird, wenn ein Freigelaſſener geſtorben iſt, der Patron gerufen, dies aber kann ein **parens manumissor** ſein, dem die **bon. poss.** ein Jahr lang zuſteht [7]). Ferner die Kinder, welche im **ordo unde liberi** gerufen werden, können als **legitimi**, wenn ſie **sui** ſind, noch wieder den Agnaten vorgehn, und dann können ſie zum drittenmal als Cognaten kommen, jedesmal ſteht ihnen ein Jahr zu [8]). Danach iſt alſo für alle Klaſſen außer der **unde vir et uxor** die Möglichkeit vorhanden, daß die Friſt ein Jahr beträgt. Sollen wir alſo annehmen, daß der Prätor bei allen dieſen Klaſſen erſt nach Ablauf dieſes Jahres die nächſtfolgende zugelaſſen habe? Dann kämen für das geſammte **succ. ed.** wenigſtens fünf Jahr und hundert Tage heraus. Und auch das wäre noch nicht einmal genug, denn hinter dem **suus** als **legitimus** müſſen doch noch dem **proximus agnatus** hundert Tage ausgeſetzt werden, und in der Klaſſe der Cognaten können ja eine Reihe von Verwandten hinter einander ſtehen, die Jeder eine Friſt von hundert Tagen für ſich haben. Ferner können auch in der teſtamentariſchen Succeſſion mehrere Subſtituten vorhanden ſein, deren Jedem eine Friſt eingeräumt werden muß.

Ich bin wegen des Mangels an Quellenausſprüchen nicht im Stande, ſicher zu beantworten, wie die Römer es hier gehalten haben. Indeß glaube ich, wenn man nur die einzelnen möglichen Fälle genauer auffaßt, daß ſich von der Reihe von Jahren, die hier verfließen zu müſſen ſcheinen, ehe das **successor. edictum** ſein Ende erreicht, doch für die meiſten Fälle eine gröſſe Zeit abziehen läßt. Und das ſtimmt mit Ulpians Worten vollkommen überein, der das **succ. ed.** offenbar noch

---

7) fr. 4. §. 1. quis ordo — sicut si pater filium manumisisset, quamvis ut manumissor bon. possessionem accipiat, tamen ad b. p. accipiendam annuum spatium habet. fr. 1. §. 14. u. 15 de succ. ed.

8) fr. 4. §. 1. quis ordo — Filius non solum, si tanquam filius, sed et si tanquam agnatus, vel tanquam cognatus ad b. p. vocatur, annuum spatium habet.

für seine Zeit als Mittel zu einer raschen Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten darstellt.

Es kommt bei allen Todesfällen regelmäßig sehr bald zum Vorschein, ob ein Testament vorhanden ist oder nicht. Das Interesse so vieler Personen bürgt dafür, und überdem waren seit August eine Reihe von Maaßregeln für rasche Eröffnung der Testamente getroffen worden. Ist nun ein Testament vorhanden, so lief erst die Frist für die **c. t. b. p.**, und es konnte dann gleich im folgenden Jahr die **sec. tab.** agnoscirt werden, nach deren Agnition natürlich keine **ab int.** mehr deferirt wird, auf die sich auch, wenn einmal ein gültiges Testament vorhanden war, wegen der vorherrschenden Sitte die **b. p.** zu agnosciren, selten Jemand wird Rechnung gemacht haben.

War es aber von vorn herein klar, daß Jemand **intestatus** verstorben sei, so wurde nun gleich **bon. poss. ab int.** agnoscirt. Es konnte dies ausnahmsweise noch durch die Schwangerschaft der hinterlassenen Ehefrau, welche **in possessionem** mittirt war, sistirt werden, aber wenn dann der **postumus** geboren ist, so wird ihm sogleich die **b. p.** deferirt [9]). Die den **liberi** zustehende **b. p.** dauert nun ein Jahr, worauf die **legitimi** gerufen werden, aber allerdings so, daß hier der **suus** noch einmal kommt, ebenso wie er dann **unde cognati** noch einmal gerufen wird. Indeß wenn auch der Prätor die Agnatenklasse der Berechtigung nach hinter den **suus** gestellt hat, so ist doch die Frage, ob dies auch äußerlich auf die Fristen eingewirkt habe, und in der That scheint dies nicht ohne Grund bezweifelt werden zu können.

Ulpian spricht über diesen Punkt folgendermaßen:

> **fr. 1. §. 11. de succ. ed.** — **Sed videndum est, an inter ceteros ipse quoque qui exclusus est, admittatur; utputa filius est in potestate, delata est ei b. p. ex prima parte, unde liberis defertur; exclusus est tempore aut repudiatione; ceteris defertur; sed ipse sibi succedat ex hac successoria parte? Et magis est, ut succedat, ut unde legitimi possit petere.**

9) **fr. 2. §. 4. quis ordo.**

Ganz entscheidend ist freilich die Stelle nicht. Sie kann aber jedenfalls so verstanden werden, daß gleich hinter dem **ordo unde liberi**, die **ceteri**, d. h. die Agnaten gerufen werden (**ceteris defertur**) und daß zwischen diesen (**inter ceteros**), also nicht vor ihnen, es dem **suus** noch einmal zusteht, **b. p.** zu agnosciren. Daraus läßt sich erklären, was sonst sehr auffallend sein würde, daß, während doch der **suus** hier nicht als **proximus agnatus**, sondern als erste Klasse der **legitimi** berufen wird [10]), selbst Römische Juristen (s. Note 8) es so darstellen, als würde er **tanquam agnatus** gerufen [11]). Aeußerlich sah es wie eine einzige Klasse aus, indem wenn der **suus** ein Jahr lang deliberirt hat, ohne **bon. poss.** zu erbitten, es wahrscheinlich ist, daß er überhaupt keine Lust zu ihr haben werde, weßhalb denn die Agnaten sogleich **b. p.** binnen hundert Tagen erbitten dürfen. Aber in dieser Zeit darf auch der **suus** noch wiederkommen, ja es ist ihm sogar ein ganzes zweites Jahr gestattet, so daß, wenn er auftritt, die einem Agnaten gegebene **b. p.** als **non data** erscheint. Und so ist's auch wohl bei den Cognaten gewesen, indem es doch höchst unwahrscheinlich ist, daß diese noch wieder ein ganzes drittes Jahr hätten ablaufen lassen müssen, ehe sie selbst um Ertheilung der **bon. poss.** bitten durften.

Falls das Gesagte richtig ist, so wäre darin schon eine große Abkürzung der vielen aufeinander folgenden Fristen gegeben [12]). Es giebt aber daneben einen anderen Satz, welcher zu diesem Zwecke diente, und der mir keinem Zweifel unter-

---

10) So drückt dies auch Ulpian in der eben citirten Stelle aus, und so kann es auch nur richtig sein, denn der Prätor hat zwischen beiden eine successio anerkannt (s. Bd. I. S. XVI. Note 8), während dies für die Klasse der Agnaten nicht der Fall ist. S. auch fr. 1. §. 1. si tab. test. null. — fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris.

11) s. §. 68. Note 13. §. 103. Note 4.

12) Jedenfalls könnte dieses Wegfallen einer eigenen Frist auch erst seit dem Entstehen des ordo unde liberi gedacht werden, denn natürlich müssen ursprünglich für die drei Klassen der legitimi auch drei äußerlich verschiedene Fristen bestanden haben.

worfen zu sein scheint. Derselbe ist so durchgreifend, daß jene vermuthete Ineinanderschiebung der Fristen doch vielleicht dem Prätor nicht nöthig erschienen ist. Es ist schon im Band I. S. 103. Note 5. b) bewiesen worden, daß man den Ablauf einer Frist nicht erst abzuwarten braucht, wenn man darthut, daß ein Berechtigter in dieser Klasse nicht vorhanden oder wieder hinweggefallen ist. Also wenn man weiß, daß ein mit einem Testament Verstorbener keine Kinder gehabt, oder wenn man im Testament sieht, daß er die vorhandenen nicht präterirt hat, so kann gleich **sec. tab.** agnoscirt werden. Ferner wenn man weiß, daß kein gültiges Testament da ist, oder daß Instituirte und Substituten ausgeschlagen haben, und wenn auch keine Kinder, oder Agnaten vorhanden sind, so können gleich die Cognaten, oder, wenn auch diese fehlen, so kann alsbald der Ehegatte **b. p.** erbitten. — Dergleichen Vorhanden- oder Nichtvorhandensein von Verwandten ist in den meisten Fällen notorisch, und, was bei uns noch am Ersten unbekannt ist, die Errichtung eines Testamentes, mußte zur Zeit der klassischen Juristen, bei der Nothwendigkeit viele Zeugen herzuzuziehen, nicht weniger leicht zu constatiren sein, als sich auch ein die **sec. tab. b. p.** verhindernder Ungültigkeitsgrund einer existirenden Testamentsurkunde häufig ohne Schwierigkeit nachweisen ließ.

Also dies Nichtvorhandensein einer früheren Klasse war leicht dem Prätor klar zu machen, und so konnte die nächstberufene Klasse, bei dem Interesse, das sie haben mußte, den Erbschaftsbesitz zu erlangen, alsbald die **bon. poss.** agnosciren. Darin liegt mithin, daß *in den meisten Fällen* die Erbschaftsangelegenheit gleich in der nächsten Zeit regulirt sein mag. Ja man muß noch weiter gehen.

Daß die Fristen der **bon. poss. utiliter** berechnet werden, scheint auf den ersten Blick lediglich zu Gunsten der Berufenen zu sein. Aber das ist es keineswegs. Wenn Jemand weiß, daß der Erblasser **intestatus** verstorben ist, und daß er nächstes Erbrecht hat, so *muß* er, falls nicht noch äußerliche Hindernisse entgegenstehen, in hundert Tagen oder einem Jahr **b. p.** agnosciren. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß er erst die ihm vorstehende Frist der **contra** und **sec. tab.** habe

ablaufen laſſen wollen. Ebenſo iſt es mit dem entfernteſten Cognaten, oder dem Ehegatten, ſobald kein Näherer vorſteht [13]), er darf nicht bloß, er muß ſich die Friſt gleich vom Todestag berechnen. Dies beweiſt entſchieden **fr. 9. §. 1. unde cogn.**

> **— Fratris filius pro parte heres institutus, quum patruum surdum esse contenderet, atque ideo testamentum facere non potuisse, possessionem ut proximus cognatus accepit; ex die mortis temporis haberi rationem placuit, quia verisimile non videbatur, tam conjunctum sanguine defuncti valitudinem ignorasse.**

Dieſe Stelle iſt recht geeignet, uns ein klares Bild der Verhandlungen vor dem Prätor zu geben. Es kommt Jemand und erbittet **b. p. unde cognati**, weil das vorhandene Teſtament ungültig ſei. Natürlich ſetzt Papinian den vorgebrachten Grund der Taubheit als richtig voraus. Hier wird nun gar nicht daran gedacht, noch eine Friſt der **sec. tab. b. p.** zu berechnen, etwa wirklich dem **scriptus** die **b. p.** zu ertheilen, und zu warten, bis der Brudersſohn gegen dieſen auftrete und die Ungültigkeit des Teſtaments *proceſſualiſch* beweiſe. Dieſer würde ja auch *als Cognat* gar keine **her. pet.** haben, alſo von einem **sine re**-Werden der **b. p. sec. tab.** kann gar nicht die Rede ſein.

Vielmehr bezieht ſich das **contendere** nur auf eine Behauptung vor dem Prätor, der allein über die Richtigkeit derſelben zu entſcheiden hat. In unſerer Stelle fragt es ſich nun, ob der Brudersſohn noch zur rechten Zeit gekommen iſt (**temporis haberi rationem**). Indem ſeine Behauptung für richtig befunden, alſo dem **scriptus** gar keine **b. p.** mehr gegeben wird, oder die etwa ſchon ertheilte als **non data** erſcheint (ſ. Bd. I. S. 183 u. ff.), ſo iſt dem Cognaten die Friſt

13) So wird in fr. 1. §. 7. unde cogn., unter der ſtillſchweigenden Vorausſetzung, daß keine sui und agnati vorhanden waren, die Sache ſo vorgetragen, als folge die b. p. unde cognati gleich auf die sec. tab.: Si quis igitur proximus cognatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittetur, hoc est, quicunque fuerit tum deprehensus proximum locum obtinens.

gleich **ex die mortis** zu berechnen [14]). Er könnte nur hier noch anführen, daß er die Krankheit seines Verwandten nicht gewußt habe, aber eine dergleichen Behauptung ist zu unwahrscheinlich, als daß sie nicht als leere Ausflucht gleich zurückgewiesen werden müßte. Hat also allenfalls auch der Prätor ihm, der sich über hundert Tage **ex die mortis** verspätet hatte, die **b. p.** gegeben, so fällt sie doch alsbald zusammen, sobald durch irgend einen Umstand, etwa durch das Auftreten eines entfernteren Cognaten, die Verspätung an den Tag kommt.

Wenn hiernach sich die Ertheilung der **bon. poss.** in den meisten Fällen sehr rasch entscheiden mußte [15]), so bleibt es freilich dabei immer möglich, daß die hinter einander laufenden Fristen in complicirten Fällen eine lange Zeit hinwegnahmen. Es konnte ein Testament vorhanden sein, in dem ein Prätorischer Notherbe präterirt war; alsdann liefen einstweilen die beiden Fristen der **contra** und **sec. tabulas**, und erst wenn beide unbenutzt vorübergegangen waren, konnte eine wirksame **b. p. ab intestato** agnoscirt werden, die dann, jenachdem sie in eine spätere Klasse gehörte, und Personen in der vorhergehenden vorhanden waren, auch wieder erst nach längerem Aufschub deferirt wurde [16]). Für solche Fälle war das eben vermuthete

14) Einen ähnlichen Fall enthält fr. 14. de b. p. (ebenfalls von Papinian), wonach auch wenn das Testament als falsum angeklagt wird, die Frist für den nächsten Cognaten sogleich läuft, sobald dieser von der Ungültigkeit des Testaments überzeugt ist. (Licet dies ei petendae possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit, cessisse videtur.) Indeß, wenn er nun auch die Zeit der Agnition versäumt hat, so soll sie doch ausnahmsweise in der Anstellung der accusatio falsi als geschehen fingirt werden (quia hoc propositio accusationem instruit, ut suum jus sibi servet.)

15) Das Streben nach rascher Erledigung der Erbschaftsregulirung zeigt sich auch in der speciellen Bestimmung bei der sec. tab. b. p., daß diese durch das Schweben einer Bedingung nicht aufgeschoben werden soll.

16) fr. 1. §. 1. quis ordo. — Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, (also wenn die Fristen abgelaufen sind) intestati datur bonorum possessio. fr. 1. §. 2. si tab. test. null.

mehrfache Ineinanderschieben der Fristen, wenn es überhaupt richtig ist, von Bedeutung. Freilich wird auch das nicht in aller Weise ausgereicht haben. Wenn z. B. ein **suus ab intestato** vorhanden ist, so hat er drei Jahr hintereinander das Recht die **b. p.** zu agnosciren, und geht hier immer den Uebrigen vor [17]). Danach werden sich diese Uebrigen gar nicht die Mühe geben, die **b. p.** zu agnosciren, sobald sie vermuthen können, daß der **suus** sich ebenfalls zur **b. p.** melden wolle [18]), und so ruht denn doch wieder Alles auf dem **suus** allein, der nun drei Jahre hindurch die Erbschaftsgläubiger hinhalten kann. Aber hier bestand noch wieder ein anderes Mittel, um eine raschere Regulirung der Erbschaft herbeizuführen, welches wir sogleich kennen lernen werden [19]).

§. 113. Das Resultat des vorhergehenden § ist, daß so lange die Frist eines früher Berufenen läuft, die des Späteren im Allgemeinen noch nicht begonnen hat [1]), daß aber, sobald in den vorhergehenden Klassen Niemand vorhanden ist, Jedem, auch in der letzten Klasse Stehenden, der dies weiß, die Berufungszeit sogleich angerechnet wird.

Hierin liegt, daß die Ertheilung der **bon. poss.** vielfach von Verhandlungen und Beweisführungen abhängt, welche durchaus nicht einen Erbschaftsproceß voraussetzen, sondern lediglich vor dem Prätor vorkommen. Wir haben hier allgemein für das gesammte System der **b. p.** festzustellen, was früher im ersten Bande (S. 235.) schon für einzelne Punkte hat an-

17) Freilich nicht so, daß wenn im zweiten Jahr Agnaten die **b. p.** erhalten haben, er nun noch als Cognat agnosciren könnte. Er geht nur allen gerade in derselben Klasse noch ferner Berufenen vor.

18) **Fr. 4. de legat. praest.**

19) S. §. 114. am Ende.

1) Ja sogar, wenn er nur **glaubte**, es sei ein Früherer vorhanden, so lief die Frist nicht; **fr. 2. pr. quis ordo:** — **Fieri autem potest, ut, qui initio scierit, vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere; scilicet si, quum initio cognovisset, eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat.**

erkannt werden müssen, daß nämlich das ganze Prätorische Erbrecht dauernd unter der **causae cognitio** des Prätors stehen blieb, daß es nie in bestimmte formelle Regeln eingeschlossen worden ist, denen sich der Prätor selbst unterworfen hätte. Es ist dies der Grund, weßhalb uns in den Quellen so Manches über die äußere Ertheilung der **b. p.** dunkel bleibt, gerade weil die Juristen hier gar keine bestimmten Regeln darzustellen fanden.

Dies steht der Auffassung der meisten neueren Schriftsteller entgegen. Man macht gewöhnlich nur den Unterschied zwischen einer **edictalis** und **decretalis b. p.** Erstere sei die, welche lediglich auf den Worten des Edicts ruht, und deßhalb auch vom Prätor **de plano** d. h. ohne alle weitere Untersuchung (**causae cognitio**) gegeben wird, letztere dagegen die, wofür kein feststehendes Versprechen der Ertheilung im Edicte vorhanden ist, und der also noch eine besondere **causae cognitio** über die Zulässigkeit vorausgehen muß [2]). Aber schon in den Worten liegt diese Begriffsbestimmung nicht. Freilich die **b. p.**, welche, weil darüber im Edicte nichts bestimmt ist, in Folge eines besonderen **decretum** gegeben wird [3]), setzt der

2) Fabricius. S. 156. Auch v. Löhr scheint derselben Ansicht zu sein. s. sein Magazin. II. S. 439.

3) Derartige decretales bonorum possessiones kommen in den Quellen mehrfach vor, obgleich sie wenigstens in der späteren Zeit nicht mehr von sehr großer Bedeutung gewesen sind. Die b. p. war im Edicte so vollständig und genau regulirt, daß selten eine Veranlassung vorkommen konnte, noch über das Edict hinauszugehen; und wo einmal durch die Praxis ein wichtiger Punkt angeregt wurde, an den man bisher noch nicht gedacht hatte, da wurde dann auch bald eine Regel darüber ins Edict aufgenommen. Von diesen gelegentlichen decretales bonorum possessiones (fr. 14. §. 1. de b. p. c. 1.) sind genau die Fälle zu scheiden, wo es nach der Natur der Sache einer besonderen Interposition des Prätorischen imperium bedarf, mögen auch im Uebrigen vollkommen feststehende Regeln im Edicte darüber bestehen. Dahin gehören, wie wir oben schon gesehen haben, die b. p. Carboniana (§. 80.), ferner der Fall, wenn der Prätor gegen seine eigene Edictsregel, daß ein zu erwartender postumus die Delation aufschiebt, ausnahmsweise die b. p. ertheilt (§. 76.). Jedenfalls aber erhellt, daß der eigentliche Grund des decretum nie die voraufgehende causae cognitio ist, sondern

Natur der Sache nach voraus, daß eine **causae cognitio** ſtets vorausgehe. Aber folgt denn daraus, die **edictalis** werde ſtets ohne eine ſolche **de plano** gegeben? **Edictalis b. p.** heißt doch nur, daß der Prätor für einen beſtimmten Fall ſchon im Edicte ſein Erbrecht verſprochen, daß er ſich von vorn herein, wenn beſtimmte Vorausſetzungen vorhanden ſind, gebunden hat. Aber darin liegt doch gerade, daß (wie dies bei jeder **b. p.** der Fall iſt) beſtimmten Vorausſetzungen genügt ſein muß, alſo allenfalls bei jeder **b. p.** eine Unterſuchung über das Vorhandenſein derſelben vorkommen kann, nach deren günſtigem Ausfall dann freilich kein beſonderes **decretum** mehr erfolgt, ſondern die **b. p.** in derſelben Weiſe ertheilt wird, als wie ſonſt **de plano.**

Danach iſt nicht zweierlei: die **edictalis** (welche **de plano** gegeben werde), und die **decretalis** (der eine **causae cognitio** vorhergehe), ſondern dreierlei zu ſcheiden: die **edictalis**, welche **de plano**, die **edictalis**, welche **causa cognita**, und die **decretalis**, welche ſtets **causa cognita** gegeben wird. Letztere beiden werden **pro tribunali** ertheilt.

Huſchke [4]) hat dies zuerſt bemerkt, und danach mit Recht

---

entweder iſt es der Mangel einer Edictsregel, oder eine beſondere Interpoſition des Prätoriſchen Imperiums, und daraus folgt die Unrichtigkeit der Vorausſetzung, daß die causae cognitiones nur bei den decretales b. possessiones vorkommen könnten. — Wir beſitzen eine andere Lehre, aus deren Vergleichung ſich das Geſagte vollkommen beſtätigt. Die missio legatorum servandorum causa iſt regelmäßig eine edictalis d. h. ſie wird nach den Beſtimmungen des Edicts ertheilt (ex hoc edicto iri in possessionem posse. fr. 12. ut in poss. legator.). Aber dabei können causae cognitiones vorkommen (fr. 5. §. 5. eod.). Ganz etwas Anderes iſt es, wenn: extraordinario remedio opus erit, ut decreto Praetoris in possessionem mittatur (fr. 12. eod.). Das decretum ſtützt ſich hier wahrlich nicht darauf, daß der Prätor eine causae cognitio vorgenommen hätte, ſondern es bedarf einer beſonderen Interpoſition des Prätoriſchen Imperium, damit der actor der municipes als der zur Miſſion Berechtigte gelten könne.

4) Richterſche Jahrb. 1839. Heft 1. S. 27 ff. — Er führt entſcheidende Stellen an, die das beſtätigen, was ſchon aus den Worten ſelbſt hätte entnommen werden können. fr. 3. §. 8. de b. p. — Si causa cognita b. p. detur, non alibi dabitur, quam pro tri-

die Gränzen der **b. p. decretalis** beschränkt, welche Fabricius über die Gebühr weit ausgedehnt hatte, um alle Fälle der **causae cognitio** darunter zu bringen. Vielmehr ist hier v. Löhr (a. a. O.) weit vorsichtiger verfahren, der nur die Fälle zusammenstellt, wo die Quellen mit Sicherheit eines **decretum** erwähnen. Wir werden auf diese Fälle später noch zurückkommen, hier genügt es ihr an und für sich enges Gebiet nachgewiesen zu haben, während die Zulässigkeit einer **causae cognitio** sich viel weiter erstreckt, weiter, wie mir scheint, als alle bisherigen Schriftsteller angenommen haben [5]). Huschke gesteht sie lediglich in besonderen Fällen zu, wo Jemandem nur bedingungsweise oder gegen Caution die **b. p.** gegeben wird [6]),

---

bunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita b. p. alibi, quam pro tribunali dari potest. — Fr. 2. §. 1. quis ordo. — Quid, si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? — Dasselbe sagt auch mit Berufung auf die letztere Stelle Mayer Erbrecht I. S. 407., unabhängig von Huschke.

5) Am weitesten geht noch Mayer, obgleich doch lange nicht weit genug, indem er die in Nichts begründete Einschränkung macht (S. 411.), wenn ein Anderer auftrat, der das Unbegründetsein der b. p. behauptete (nicht aber die b. p. zur sine re machen wollte), so habe das der Prätor stets in einen besonderen Proceß verwiesen. — Es steht dem schon fr. 9. §. 1. unde cogn. entgegen, wo der Cognat gegen den scriptus auftritt, und doch gleich seine Agnitionsfrist ex die mortis berechnet wird. — Ich will damit aber nicht läugnen, daß, wenn dem Prätor die Frage zwischen zwei Prätendenten zu weitläuftig schien, er bisweilen dem, der die größte Wahrscheinlichkeit für sich hatte, die b. p. gab, der dann, wenn der Gegner besaß, im Int. quor. bon. sein Recht weiter ausführen mußte. Bd. I. S. 391.

6) Wenn nämlich die b. p. durch einen Stellvertreter erbeten wird, oder wenn Jemand unter einer Bedingung instituirt ist. Fabricius und Huschke bemerken mit Recht, daß der Ausdruck „agnoscere b. p.“ stets von der edictalis gebraucht wird, und dieser kommt gerade in jenen Fällen sehr häufig vor. Petere, agnoscere und dare b. p. bedeutet ein und dasselbe; der Gegensatz ist denegare, petere non posse. Nun könnte man sagen, jede Entscheidung des Prätors heiße doch ein Decret, also, wenn er causa cognita die b. p. ertheilt, so müsse das stets eine decretalis b. p. sein. Aber das würde zu viel beweisen, denn dann müßten ja alle bonorum pos-

wogegen nach seiner Ansicht (a. a. O. S. 28.) der Prätor nicht untersucht habe, „ob der Erblasser gestorben sei, **testamenti factio** gehabt, das Testament gehörig gemacht habe u. s. w., sondern dies dem **judex actionis ex interdicto Quorum bonorum** überlasse.“ Fabricius ist derselben Ansicht, indem er (S. 162.) sagt:

> „Die Agnition giebt an sich keinen Beweis der wirklich „erworbenen **b. p.**, und die jedem Andern, als dem „nach den Vorschriften des **successorium edictum** „eben Berufenen, **de plano** ertheilte **b. p.** ist völlig „unwirksam und ohne Bedeutung, so daß immer nur „derjenige als wirklicher **bon. possessor** bezeichnet wer„den kann, **qui in judicio interdicti Quorum bono„rum potior esse debet.**“

Ich habe bereits bei jeder Klasse der **bon. poss.** im Einzelnen nachgewiesen, wie aus dem ganzen Kreise der Erfordernisse einer **bon. possessio** gewisse bedingende Beweise auszuscheiden sind, über die denn auch, falls der Prätor nicht schon von vorn herein den Sachverhalt kannte, eine **causae**

---

sessiones decretales sein, weil sie doch auf einer Entscheidung des Prätors, der sie auch denegiren konnte, ruht. — Vielmehr befolgten hier die Römer sehr natürlicher Weise eine andere passendere Terminologie. Die **b. p.**, welche in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Edicts gegeben wird, heißt ebendeßhalb **edictalis**. Gerade weil der Prätor schon im Edicte die **b. p.** versprochen hat, so kommt bei der einzelnen Ertheilung nur in Frage, ob die Voraussetzungen des Edicts vorhanden sind oder nicht. In ersterem Fall heißt es **datio**, im letzteren **denegatio b. possessionis**, und wenn auch zu dieser **denegatio** oder **datio** noch eine weitere Untersuchung nöthig ist, so wird sie doch kein **decretum** genannt, weil sie lediglich die im einzelnen praktischen Falle nöthige Durchführung des schon im Edict Angeordneten ist. — Die Terminologie der Römer steht hier also ganz dem **dare** oder **denegare** der **actiones** oder **exceptiones** gleich. — Daß es bei dem **dare** der **b. p.** wahrlich sich nicht bloß um eine formelle Erklärung des Prätors, sondern um dessen Wissen und Wollen (also auch um seine Untersuchung) handelte, zeigt auch folgende Stelle: **fr. 15. de b. p.** — **Paulus respondit, petitionem matris solam non acquisiisse filiae impuberi bonorum possessionem, nisi si is, qui eam dedit, evidenter voluit eam impuberi dare.** — **Valer. Maxim. VII. 7. §. 7.**

cognitio vorkommen konnte. Darin liegt, daß gar nicht bestimmte Fälle angegeben werden können, in denen stets **causae cognitio**, andere, in denen sie nicht Statt gefunden hätte. Es kommt auf den Zufall an, ob der Prätor schon weiß, was sonst noch untersucht werden muß. Es sind die Umstände, welche die **causae cognitio** hervorrufen, während dieselben auch so sein können, daß die **b. p. de plano** ertheilt wird. Ein **sec. tab. bon. possessor** kann, wenn es bekannt ist, daß der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** schon vor einem Jahr verstorben ist, gleich **de plano** die **b. p.** erhalten [7]), während wenn er erst gestern starb, vorher klar sein mußte, ob entweder keine zur **c. t.** Berechtigten da seien, oder repudiirt haben. Und so ist es mit allen den unzähligen Fällen, wo eine **b. p.** früher agnoscirt werden kann, weil man nachweist, daß Andere, eher Berufene, nicht vorhanden seien. So ist es endlich, ganz abgesehen von den bedingenden Beweisen, überhaupt mit den vielen denkbaren Nebenumständen von welchen, wie z. B. Ablauf der Berufungsfrist, Unterworfensein des Berufenen unter väterliche Gewalt u. dergl. [8]), die Gültigkeit der **b. p.** abhängen kann.

Ich will hiermit keineswegs behaupten, daß der Prätor sich das Alles gleich in allen Fällen beweisen läßt. Darin läge eine völlige Verkennung seiner Stellung, wonach er keineswegs in der Lage war, sich auf so viele Weitläuftigkeiten, welche darin liegen würden, einzulassen. Aber eine eben solche Verkennung scheint es mir zu sein, wenn hier die Ertheilung der **b. p.** ganz der **cognitio** des Prätors entrückt, und stets dem **judex** in einem eigenen Proceß zugewiesen würde. Wie sehen

---

7) Denn daß der Prätor sich die sieben Siegel des Testaments und die Institution ansieht, kann man doch kaum eine besondere **causae cognitio** nennen.

8) S. z. B. **fr. 59. §. 4. de her. inst.** — **Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit redierit, aut si sub conditione institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus.**

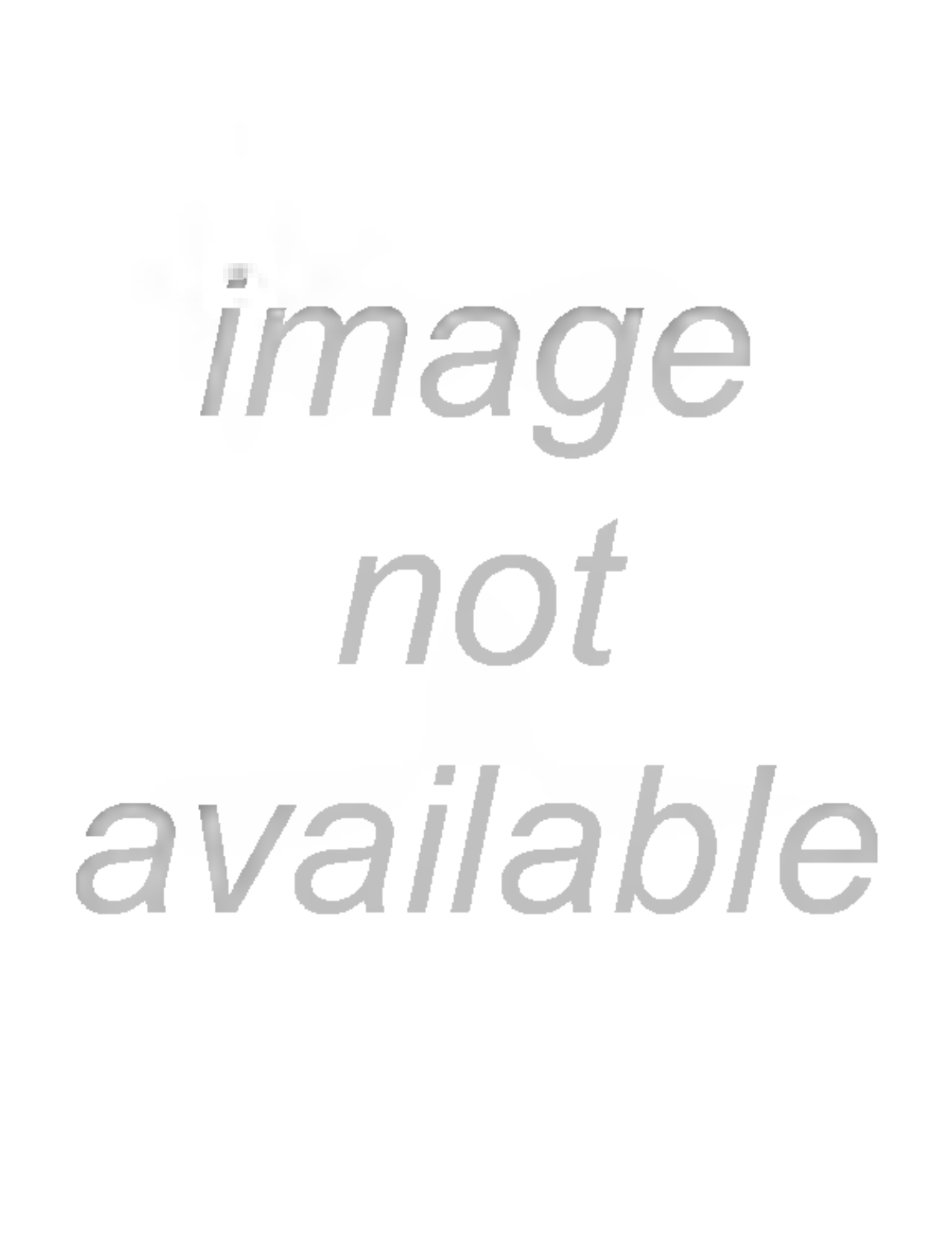


image
not
available

falls Hunderten die **b. p.** hätte verleihen müssen [9a]), unter denen dann ein wahrer Concursproceß von **Interdicta quor. bon.** [10]), ein **bellum omnium contra omnes** hätte entstehen müssen.

Nur noch an ein Beispiel will ich hier erinnern [11]), das in der oben citirten Stelle (**fr. 9. §. 1. unde cogn.**) enthalten ist. Wenn ein Testament ungültig ist, weil der Testator taub war, so wird nicht etwa erst auf alle Fälle **sec. tab. b. p.** gegeben, und dann hätte der nächste Verwandte **unde cognati** agnosciren und mit dem **Int. quor. bon.** siegen müssen, sondern Ersterer erhält gar keine, und dem Letzteren wird seine Frist **ex die mortis** berechnet. Also der Prätor kann hier ebenso thätig bei Denegirung einer **b. p.** wie sonst bei der einer Klage sein [12]).

Ich glaube, die Sache läßt sich in vier Punkte trennen:

1. In sehr vielen Fällen, wo der Prätor schon mit Gründen entschieden bekannt ist, die der Agnition einer **b. p.** entgegenstehen, denegirt er von vorn herein die **b. p.**; also wo er Gründe hat, zu *vermuthen*, daß dergleichen vorhanden sei, untersucht er sogleich selbst, und läßt sich das Nichtvorhandensein des Hindernisses darthun [13]).

---

bent non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus.

9a) **Fr. 8. pr. de stip. praet.** — **Praetor beneficium suum nemini vult esse captiosum.** Ohne ein directes persönliches Ueberwachen der Erbschaftsangelegenheiten würde der Prätor diesen Zweck, Jedem soviel wie möglich zu seinem Recht zu verhelfen, nie erlangt haben.

10) Und warum soll es denn gerade immer das **Int. quor. bon.** sein, worin diese Streite geltend gemacht würden, da doch, wie wir gesehen haben, dies gar nicht das Gesammt-Rechtsmittel für die **b. p.** ist?

11) S. auch noch namentlich das schon Bd. I. S. 176. Note 3. erwähnte **fr. 7. pr. de b. p.**

12) S. auch z. B. **fr. 10. de Carb. ed. fr. 5. si a parente quis manumiss.** (**fr. 97. §. 2. de verb. obl.**) **fr. 1. §. 10. in fin. § 15. de inspic. ventre.**

13) Sehr natürlich, daß wenn der Prätor noch nicht von dem Tode eines Menschen gehört hat, er sich gleich vom Ersten, der **b. p.** erbittet, nachweisen läßt, daß derselbe gestorben sei.

2. Gar oft wird der Prätor, der zu Gericht ſaß, und die Sachlage gleich genauer unterſuchen wollte, durch andere ihm obliegende Geſchäfte verhindert geweſen ſein, ſogleich, wenn der erſte Nachſuchende erſchien, darauf einzugehen. Er wird ihn auf eine andere Seſſion, wo er Zeit hatte, wieder beſchieden haben, um dann die etwa erforderlichen Beweiſe vorzubringen, wobei denn natürlich die Zwiſchenzeit in die Friſt nicht mit eingerechnet wurde [14]).

3. Häufig wird der Prätor pure die b. p. ertheilt haben, ohne auf etwaige Hinderniſſe einzugehen, dies bis auf die Behauptung eines Nachfolgenden verſparend, der daraus die Ungültigkeit der früheren b. p. ableiten will; ſobald aber der Punkt zur Sprache gebracht wird, ſo unterſucht ihn dann der Prätor ſelbſt [15]).

---

14) Fr. 2. §. 1. quis ordo. — Dies bonorum possessionis utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit Quid si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandae,' quibus sedit is, quibusque per ipsum Praetorem factum non est, quominus daret bonorum possessionem. §. 2. In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si sedit quidem Praetor pro tribunali, sed postulationibus non dedit; potest dici, tempus ad bonorum possessionem non cedere, quum Praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.

15) S. z. B. jene Stelle (fr. 9. §. 1. unde cogn.), wonach dem Cognaten die Friſt ex die mortis berechnet wird, und ſie ihm ſchon gegeben iſt (accepit). In Folge des Auftretens eines ſpäteren Cognaten kann ſie für ungültig erklärt werden, wenn die Friſt nach jener Berechnung ſchon verſtrichen war. — S. ferner fr. 3. §. 3. de Carb. ed. und fr. 11. pr. de b. p. c. t. »repellitur ab ea possessione. Idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non jure scriptus sit heres. Sämmtliche vernichtenden Beweiſe konnten zu dieſem Zwecke vorgebracht werden. — Seitdem die Eröffnung der Teſtamente unter die Aufſicht und Leitung des Prätors geſtellt worden war (tit. D. testam. quemadmodum aperiantur), erſchien es ſehr natürlich, daß hiebei die Frage, wer inſtituirt ſei, conſtatirt wurde, daß alſo auch ſchon vorher die b. p. sec. tab. ertheilt werden konnte, unter der Vorausſetzung, daß ſich die Inſtitution des Nachſuchenden nachher beſtätigen werde. (fr. 1. §. 4. de

4. Freilich aber wird er auch nicht selten einen Ungültigkeitsgrund der b. p. durchaus dem Vorbringen und der Untersuchung in dem Processe überlassen haben, welcher zuerst vom b. possessor angestellt wird (entweder eine fictitia actio, oder das Int. quor. bon.); weniger wohl dann, wenn ein eigener Bewerber um die bon. poss. der Gegner ist, denn dann wird schon bei dessen Agnition die Sache vor dem Prätor zur Sprache gekommen, und dem Ersten unberechtigten Erbittenden die b. p. aberkannt sein [16]), als vielmehr in den Fällen, wo ein auf die Erbschaft selbst nicht Anspruch Machender nur das Recht des Klägers läugnet; denn dann war der vom Bekl. behauptete Ungültigkeitsgrund dem Prätor vorher noch gar nicht zu Ohren gekommen.

Gerade für diesen letzteren Fall hat die Verweisung an den judex ihre besonders natürliche Erklärung, während sie sonst die größten Uebelstände herbeigeführt haben würde, wie dies bereits im ersten Bande S. 391 ausgeführt ist. Der

jur. et facti ign.). Dabei bleibt es nicht minder wahr, daß das Institutirtsein wahre Bedingung für die Gültigkeit der sec. tab., sowie das Präterirtsein für die der c. t. b. p. blieb. Wurden beide b. possessiones nach der Testamentseröffnung erbeten, so entnahm dann der Prätor einfach aus dem Ergebniß der Publication die Entscheidung über Zulässigkeit der b. p.

16) Es kommt indeß auch in solchem Falle allerdings eine Verweisung an den judex vor. In fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. wird vorausgesetzt, daß die Cognaten behaupten, das Testament sei in der Art non jure factum, um auch gegen sie nicht aufrecht erhalten werden zu können. Nachdem nun die Cognaten b. p. agnoscirt haben, soll der Umstand, daß sie vom scriptus heres schon ein Legat ausgezahlt bekommen haben, kein Hinderniß gegen die Einforderung der ganzen Erbschaft sein, sobald nur aus ihrer Person sich ein Entschuldigungsgrund für jene Einforderung des Legats und die darin liegende Anerkennung des Testaments vorbringen läßt. Der Jurist aber sagt ausdrücklich, daß dies vom judex untersucht wurde: Prohibendi autem sint an non, ex cujusque persona, conditione, aetate, causa cognita a judice constituendum erit). Hier hat also der Prätor bei der Ertheilung der b. p. unde cognati die Frage, ob die Legatsannahme ein Hinderniß der b. p. sei, ununtersucht gelassen, und dem judex anheimgestellt. Dagegen die andere Frage, ob das testamentum in der Art non jure factum sei, daß es der b. p. unde cognati nicht entgegenstehe, wird schon der Prätor in Betracht gezogen haben.

Prätor würde nämlich sonst dem **bon. possessor** einestheils ganz unnütze Weitläuftigkeiten gemacht haben, weil dieser in einer Reihe von Processen stets dieselben Sachen beweisen müßte; anderntheils würden die Vortheile, welche in der **bon. poss.** lagen, daß nämlich durch Prätorisches **imperium** ein Repräsentant constituirt wird, mit dem Gläubiger, Schuldner, Legatare ohne Gefahr in Verbindung treten konnten, völlig elidirt sein. Denn war die vom Prätor **de plano** ertheilte **b. p.** noch „ohne alle Bedeutung und Wirkung", wie Fabricius sagt, so war jeder Schuldner, der an und für sich gern zahlen wollte, gezwungen, einen Proceß anzufangen, damit der Kläger nun erst in diesem Proceß die Rechtmäßigkeit seiner **b. p.** darthun konnte. Und jeder Gläubiger, der ganz klares Recht hatte, und gern einen Proceß vermeiden wollte, mußte ihn doch beginnen, nicht weil sein Recht ihm bestritten würde, oder weil das Ertheiltsein der **b. p.** unsicher wäre [17]), sondern weil, was der Kläger gar nicht bestreitet, die Rechtmäßigkeit der **b. p.** erst hätte bewiesen werden müssen. Oder soll man glauben, daß der Prätor, der selbst nicht die Nothwendigkeit der **b. p.** untersucht hätte, nun auch die Parteien von einer Untersuchung vor dem **judex** freigesprochen hätte? Das hieße der Unredlichkeit Thür und Thor öffnen [18]).

Und sollen wir denn überhaupt glauben, daß bei den Römern alle Erbschaftsangelegenheiten nur durch Processe regulirt werden konnten? Soll der Prätor das, was er um des Interesses der verschiedensten Person willen eingeführt hat, und was doch gewiß in gar vielen Fällen ohne allen formellen Rechtsstreit auseinandergesetzt werden konnte, — ganz unweise, bloß um seine eigenen Geschäfte zu vermindern, so eingerichtet haben, daß gerade diese wünschenswertheste Regulirungsart nie eintreten konnte? Wir müssen doch für eine solche Beschuldi-

17) Dies wird durch **Interrogatio in jure** festgestellt. **fr. 2. de interr. in jure.**

18) Dann hätte z. B. ein Gläubiger, dem eine **exceptio** entgegenstand, unter allem Schein Rechtens mit einem beliebigen **possessor hereditatis**, der irgend eine **b. p. de plano** erbat, und ihm nur das Geld auszahlte, den daraus entstandenen Gewinn theilen können.

gung erst nach Beweisen fragen, ich wüßte aber nicht, daß dergleichen vorgebracht worden wären.

§. 114. Nachdem wir jetzt die äußere Handhabung des **successorium edictum** haben kennen lernen, welches auch in seiner völligen Ausbildung dazu dient, durch Anordnung von Deliberationsfristen eine Reihenfolge der Berufungen möglich zu machen, — so haben wir dem das Civilrecht gegenüberzustellen, und zu zeigen, inwieweit dessen Theorie über die Delation der Erbschaft von dem geschlossenen System der **b. p.** abwich, und wie weit sie wieder damit übereinstimmte.

In unserem ersten Bande ist die Untersuchung schon bis zu den Sätzen geführt, daß das civilrechtliche System keine Successsion in den Intestatklassen (S. 108—110. S. 206 ff.), wohl aber eine solche von der testamentarischen zur Intestatsuccession anerkannt habe (S. 111 ff.). Letzteres in eigenthümlicher an eine Interpretation der 12 T. angelehnter Weise, und ohne daß darin für den testamentarischen Erben eine Deliberationsfrist läge. Diese Mängel des Civilrechts auszugleichen, dazu diente gerade die **b. p.**, und die Nachtheile, die dem **heres** drohten, wenn er sie verschmähte, die Vortheile, welche ihm geboten wurden, wenn er sie agnoscirte, rechtfertigen zur Genüge die Annahme, daß durchaus in den meisten Fällen der **heres** die Prätorischen Deliberationsfristen eingehalten haben wird. Aber direct, bei Verlust seines civilen Erbrechts, dazu gezwungen war er doch nicht, und so kommt es, daß das civilrechtliche System der Delation in einen wahren formellen Gegensatz zum Prätorischen tritt. Es mag doch gar oft, wenn gleich gewiß nicht in der Mehrzahl der Fälle, vorgekommen sein, daß der **heres** lediglich sich mit seinem Civilrecht begnügen wollte, daß weil ein vom Civilrecht Berufener vorhanden war, Niemand nun Lust hatte, eine **b. p.** zu agnosciren, welche nur Weitläuftigkeiten und keinen reellen Nutzen versprach, da sie in jedem Augenblicke zur **sine re** gemacht werden konnte. Hier wissen also wieder die Creditoren Niemanden, „**cum quo congrediantur**“, sollen sie kein Mittel gehabt haben, jetzt, wo die **b. p.** keine Aushülfe gewährt, den säumigen **heres** zur Antretung zu zwingen?

Allerdings; dies Mittel ist das **jus deliberandi**, welches deßhalb auch seinem Zwecke gemäß in den Pandekten zwischen den Lehren von der civilrechtlichen Successsion in einem eigenen Titel seinen Platz hat [1]). Offenbar muß uns dies Institut, das mit der **b. p.** denselben Boden der Entstehung gemein hat, vom größten Interesse sein.

Jedenfalls ist das **jus deliberandi**, wenn auch für den civilrechtlichen Erben bestimmt, Prätorischen Ursprungs. Die Römischen Juristen handeln dasselbe in den Büchern **ad edictum** ab, und in den Pandekten sind uns noch zwei Stellen aus dem Edicte aufbewahrt, wovon die eine das allgemeine Deliberationsrecht feststellt [2]), die andere den besonderen Fall betrifft, wenn der Berufene ein Pupill ist [3]). Letzteres kennt schon Labeo [4]).

Wann dies ganze Institut aufgekommen ist, wage ich nicht zu entscheiden, aber daß es später sein müsse als die **b. p.**, kann man, glaube ich, mit einiger Sicherheit schon deßhalb annehmen, weil sonst das Aufkommen des **successorium edictum**, wenn schon Deliberationsfristen für den Civilerben vorhanden gewesen wären, sich schwer verstehen ließe. Und im Gegentheil bietet die entgegengesetzte Auffassung eine durchaus natürliche, mit Nichts im Widerspruch stehende Rechtsentwicklung dar. Im Anfange will der Prätor, um des Interesses der Creditoren willen, den **heres** noch nicht bei Verlust seines Erbrechts zur Antretung bewegen. Das ist die **b. p.** Später aber, als diese sich schon beim Volke eingelebt, so daß bereits Cicero den Verres wegen ihrer willkührlichen Umgestaltung anklagen konnte, da durfte auch der Prätor weiter gehen, und dem **heres**, der das Prätorische Rechtsmittel verschmähte, bei Verlust seines Erbrechts auf Antrag der Creditoren eine Frist setzen.

Die Sache läßt sich aber noch genauer nachweisen. Die **bon. poss.** kann gewiß nicht, wie im ersten Bande (S. 89) ausgeführt ist, hinter die **Rutiliana actio** (im Jahr 649) ge-

---

1) Dig. XXVIII. 8. de jure deliberandi.
2) Fr. 1. §. 1. de jure del. — Ait Praetor: si tempus ad deliberandum petet, dabo.
3) Fr. 7. pr. eod.
4) Fr. 7. §. 2. eod.

ſetzt werden, vielmehr muß ſie ſchon geraume Zeit vorher beſtanden haben. Durch den Prätor Rutilius aber wurden erſt die Grundſätze über die **bonorum venditio** im Edicte feſtgeſtellt [5]). Da ſich nun mit Sicherheit nachweiſen läßt, daß das **jus deliberandi** eine weitere Ausbildung dieſes Edictes über die **bonorum venditio** iſt, ſo muß das **jus deliber.** ſpäteren Urſprungs ſein, als die **b. p.**

Dieſe Nachweiſung des Zuſammenhangs der **bon. emt.** mit dem **jus deliberandi** liegt ſchon in den Worten des Gaius **III. 78:**

> **Mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.**

Es muß gewiß ſein, daß keine **b. p.** agnoscirt werden kann, und das iſt daſſelbe, was Ulpian in **fr. 1. pr. de succ. ed.** ſagt, daß nämlich das **successorium edictum** dazu diene, die **bonorum venditio** zu verhindern. Aber ebenſo gewiß muß es auch ſein, daß kein **heres** eintreten werde, und gerade dazu dient das **jus deliberandi.** Früher war die Beſitzergreifung der Güter durch die Gläubiger eine rein factiſche Gewalthandlung geweſen, die höchſtens durch Prätoriſche Decrete geregelt wurde. Um dies verhaßte Verfahren ſo viel wie möglich zu hindern, ward das **successorium edictum** gegeben, und für den Fall, daß dies nicht ausreichte, ſtellte dann Rutilius zuerſt genaue Edictsregeln auf. Daher kam es, daß überhaupt dieſe **bon. venditio** ganz nach dem Vorbilde der **bon. poss.** mit Klagen verſehen iſt. Die **bon. vend.** war gleichſam die letzte außerordentliche Klaſſe der **bon. poss.**, und ſie trat damals immer ein, wenn letztere kein Reſultat gegeben hatte. Aber bald mußte man, um ſie ſoviel wie möglich zu vermeiden, daran denken, auch wenn die **b. p.** nicht ausreichte, den **heres** noch auf andere Weiſe heranzuziehen, und ſo iſt denn in der ſpäteren Zeit, die Gaius im Auge hat, das Zunicht-Werden aller civilrechtlichen und Prätoriſchen Delation

5) **Gai. IV. 35.**

die Vorbedingung der **bonorum venditio** [6]). So sagt er denn auch II. 167.

> **solet tamen Praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velint adeant hereditatem; si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.**

Wegen dieses Zusammenhangs handeln denn auch die Römischen Juristen das **jus deliberandi** bei den **missiones in bona** und bei der **bonorum venditio** ab, Ulpian im 60. Buche **ad edictum**, Paulus im 57. [7]). Wenn daher die Pandekten hier die Ordnung des Edicts befolgt hätten, so würde der Titel **de jure deliberandi** im 42. Buche zwischen dem vierten und fünften Titel stehen. Alles bei dem **jus deliberandi**, wie es in den citirten Stellen zu lesen ist, wird aus der demnächstigen **bonorum venditio** erklärt, die Ernennung eines **curator bonorum**, die einstweilige etwaige Immission der Creditoren, die Regeln für minderjährige oder unter einer Bedingung eingesetzte Erben, die Art, wie der Erbe (durch Denegation der Klagen) sein Erbrecht verliert.

Hierdurch gewinnen auch die beiden Stellen **fr. 69.** und **70. de a. vel o. her.** ein neues Licht. Ihre Aufnahme in diesen Titel zeigt genügend Justinians Willen an, daß civil-

---

6) Seit der **lex Julia** wurde auch noch das Recht des Fiskus an den **bona vacantia** dazwischen geschoben. **fr. 1. §. 2. de jure fisci. fr. 1. pr. de succ. ed.** und die eben citirte Stelle des Gaius „**alius justus successor**"). — s. Schröter in d. Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. X. S. 103 ff. — Im äußersten Fall konnte, wenn Niemand wegen der Ueberschuldung unbedingt antreten wollte, der berufene **heres** den Creditoren Procente bieten, worauf dann **decreto a Praetore interposito** die **her. aditio** erfolgte. **fr. 54. §. 1. de manumiss. test.** Man sieht, daß Alles angewandt wurde, um die **bon. venditio** zu verhindern. s. auch noch **fr. 5. de curatorib. furioso.**

7) Vergleiche **fr. 1. 3. 7. de jure delib. fr. 69. de a. vel o. her. fr. 8. quib. ex caus. in poss. fr. 5. de reb. auct. jud.** (Ulpian) ferner **fr. 2. de jure delib. fr. 70. de a. vel o. her. fr. 9. quib. ex caus. in poss. fr. 4 u 6. de reb. auct. jud. fr. 1. de curat. bon. dando.** (fast wörtlich übereinstimmend mit **fr. 23. §. 3. de her. inst.**) — (Paulus).

rechtlich eine Succession von der testamentarischen zur Intestaterbfolge bestehen soll [8]). Aber Ulpian und Paulus meinen es anders, sie sprechen nur von der Art, wie der Prätor, nach Analogie der b. p. [9]), das jus deliberandi ertheilt, und wie

8) s. Bd. I. S. 118. Note 2. Es ist dort aus Versehen das fr. 70. dem Ulpian zugeschrieben.

9) Besonders interessant ist die Darstellung des Pomponius (libro I. ad Sabinum) in fr. 23. de her. inst. — Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum, is bonorum possessionem agnoscere potest, et tanquam heres distrahere hereditatem. (Also in der Verleihung der b. p. durch das imperium des Prätors liegt sogleich das Recht der selbständigen Verfügung über die Erbschaft. Und da dies keine decretalis b. p. ist, so sieht man recht, wie sich von der Verleihung durch den Prätor, nicht erst seit einem Proceß vor dem judex die rechtliche Wirkung der b. p. datirt.) Sed si bonorum possessionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit, veluti si servum, quem in potestate habet, manumiserit, nec menumittat (also das Folgende ist nur ein Aushülfsinstitut, da wo die b. p. vom heres nicht agnoscirt wird, und auch kein Anderer Lust hat) hic Praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas. (Also wenn die b. p. nicht ausreicht, so ahmt der Prätor das jus deliberandi nach, welches den Antrag der Creditoren voraussetzt. Man sieht hieraus so recht das Ineinandergreifen der b. p. und des jus deliberandi und die Einheit der Tendenz bei der Handhabung beider Institute.) Item si conditioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habebit, veluti institutione collata in alterius factum aut quendam casum: „si ille", puta, „Consul factus fuerit", tunc postulantibus creditoribus constituet Praetor, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere jussurum, et interim quae urgebunt per curatores distrahi jussurum. Also auch in diesem Falle einer nicht-potestativen Bedingung war die Agnition der b. p. weit vortheilhafter, da alsdann schon vor Eintritt der Bedingung der Institutus mit der Erbschaft schalten kann, während wenn ihm ein spatium deliberandi gesetzt wird, er nur noch die Erbschaft antreten kann, wenn innerhalb desselben die Bedingung eintritt. Uebrigens setzt die Anordnung des spat. del. bei casuellen Bedingungen den Antrag der Creditoren voraus, während bei potestativen der Prätor ganz aus eigener Machtvollkommenheit eingreifen kann. s. auch fr. 4. pr. de reb. auct. jud.

nach Ablauf dieſer Friſt die **actiones** denegirt werden. Zu dieſem durch den Prätor erreichten Reſultat vermochte man mit Regeln des Civilrechts nicht zu gelangen, aber man ſuchte Beide doch wenigſtens einander zu nähern, indem man durch jene eigenthümliche Interpretation der 12 Taf. (Bd. I. S. 115 u. ff.) für den Fall des **destitutum testamentum** eine civilrechtliche Succeſſion herausbrachte. Nichts iſt daher wohl natürlicher als die Annahme, daß man auf die Möglichkeit dieſer Interpretation erſt aufmerkſam wurde, als durch das Vorbild der **b. p.** das Streben erwacht war, ſoviel wie möglich auch im reinen Civilrecht eine ſucceſſive Delation mehrer Klaſſen zu rechtfertigen [10]).

Dieſe Einwirkung des Vorbildes der **b. p.** iſt nun auch namentlich in der Zeitdauer des **spatium deliberandi** gar nicht zu verkennen. Daſſelbe ſoll wenigſtens immer hundert Tage betragen, und das iſt ja gerade auch die regelmäßige Friſt der **bon. poss.** Natürlich aber kann ſich hier der Prätor wieder nicht ſo die Hände binden, daß er nicht nach Lage des Falles die Friſt auch einmal verlängern ſollte [11]).

Hiernach ſcheint mir der Gegenſatz und doch wieder das hiſtoriſche und praktiſche Ineinandergreifen der **bon. possessio**

---

10) Auf dieſe Argumentation iſt Band I. S. 118. Not. 3. gedeutet.

11) fr. 2 und 3. de jure delib. — Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. — Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam saepius diem ad deliberandum dandum esse, dum Praetori suadeatur, tempus, quod primum aditus praestituerat, non suffecisse. — Von dieſem, auf Nachſuchen der Creditoren dem Civilerben geſetzten spatium deliberandi hat auch ohne Zweifel Paul. rec. sent. IV. 8. 21. geſprochen, was aber in der Weſtgothiſchen Compilation arg verſtümmelt iſt: Legitimi heredes jure civili intra centesimum diem nisi adierint hereditatem, ad proximos eadem successio transfertur. In dieſer Faſſung paſſen die Worte ſchlecht zu dem gleich folgenden §. 23: In hereditate legitima successinoi locus non est: et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quia omnis successio proximiori defertur.

und des **jus deliberandi** zur Zeit der klassischen Juristen genügend auseinandergesetzt. Und so ist es denn auch wegen der nahen Verwandtschaft beider Institute kein Wunder, daß der Prätor das **jus deliberandi** sogar wieder auf die **bon. possessio** zurückwandte in den Fällen, wo, wie wir oben dargestellt haben, auch das **successorium edictum** gar zu lange Fristen darbot. (s. §. 112 am Ende). So sagt **fr. 1. §. 12. de succ. ed.:**

> **Ideoque placuit eis (parentibus liberisque) praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionem, neque bona diu jacerent. Sane nonnunquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in jure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut si repudiare se dicant, sciant creditores quid sibi agendum sit, si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt.**

So sehen wir recht klar, wie der Prätor sowohl für Civil- als Prätorische Erben als regelmäßige Deliberationsfrist die von hundert Tagen (die alte Cretionsfrist) aufrecht erhält [12]), und daß er hierauf auch soviel wie möglich das Jahr der **parentes et liberi** zurückzuführen sucht, ohne ihnen doch diese Frist zu schmälern, wenn sie darauf bestehen. Gewiß aber konnten auf diese Weise die Creditoren es bewirken, daß z. B. bei dem **suus**, dem drei Jahr lang die **b. p.** lief, und der sichtlich die Gläubiger hinziehen wollte, wenigstens nach Ablauf des ersten Jahres die **bonorum venditio** eintritt.

---

12) Von der andern Seite ist auch in einem besonderen Falle das Jahr, welches den Kindern zur Deliberation gegeben wird, von der b. p. auf die hereditatis aditio übertragen worden. fr. 6. §. 1 ad Sc. Tertull.

Druck von E. A. Huth in Göttingen.

Digitized by Google

Die

Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,
ordentl. Professor der Rechte zu Rostock.

Zweiter Band.
Zweite Abtheilung.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1848.

Inhaltsangabe.

Drittes Buch.

Die b. p. in der späteren Kaiserzeit.

Seite

Einleitung.

1) Allgemeine Charakteristik der späteren Kaiserzeit. §. 115. 116. 3

2) Bedeutung der b. p. extraordinaria und quibus ex legibus. §. 117. 118. 10

Erstes Kapitel.

Entstehung der her. petitio possessoria.

I. Critik der bisherigen Ansichten. §. 119—121. . . 16

II. Keime der Klage in der klassischen Juristenzeit.

1) Die querela inofficiosi in Folge der b. p. litis ordinandae gratia. §. 122. 37

2) Die b. p. dimidiae partis des Patrons. §. 122. 42

3) Die Klagen der Peregrinen aus der b. p. §. 123. . . . 47

III. Die wahren Entstehungsgründe der Klage. §. 124. 125. 50

Seite

Zweites Kapitel.

Umgestaltung des Begriffs und der einzelnen Klassen der bon. poss.

I. Der neue Begriff der b. p. §. 126 – 128. 61

II. Die einzelnen Klassen der b. p.

1) Das Notherbenrecht. §. 129. 78

2) Die testamentarische Succession (Geschichte des Prätorischen Testaments).

a) Die Folgen des Rescripts von Mark Aurel über das non jure factum testamentum. §. 130. . 80

b) Verhältniß des Prätorischen zum Mancipationstestamente. §. 131. 132. 87

c) Verhältniß des Prätorischen zum nuncupativen Testamente. Erklärung der Nov. Theodos. II. de testament. (tit. 16.). Gestaltung des civilen Testaments im Justinianeischen Rechte. §. 133. . 101

3) Die Intestatsuccession. §. 134. 114

Drittes Kapitel.

Veränderungen in den formellen Agnitionsregeln.

Die drei Formen der Erbantretung im späteren Recht. (cretio, pro herede gestio, b. possessionis agnitio.). §. 135. 116

I. Die Gesetze von Constantin und Constantius. §. 136. . . 126

II. Arkadius und Honorius. §. 137. 136

III. Honorius und Theodosius II. — Theodos II. — Theodos II. und Valentinian III. §. 138. 141

IV. Valentinian III. §. 139. 148

V. Die Westgothische Compilation. §. 140. 156

Gesammtübersicht. §. 141. 160

Seite

Viertes Kapitel.

Umgestaltung des Interdictum quorum bonorum.

I. Die Wirkungen, welche die Umgestaltung des Begriffs der b. p. für das Interdict zur Folge haben mußte. §. 142. 143. 162

II. Erfordernisse, Gegenstand, Parteien und Zweck des Interdicts. §. 144. 173

III. Fordert das Interdict nur Bescheinigungen, und ist es ein provisorisches Verfahren? §. 145. 184

IV. Ist das Interdict summarisch? §. 146. 192

V. Verhältniß des Interdicts zur her. petitio. §. 147. . . 201

VI. Ist die Agnition der b. p. Voraussetzung für Anstellung des Interdicts? §. 148. 210

Viertes Buch.

Die b. p. in der Justinianeischen Compilation.

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze.

Einleitung.

Die Justin. Compilation ist vorherrschend nur Sammlung des bisherigen Rechts. Werth der Novellen u. Basilikenscholiasten für die Untersuchung. §. 149. 221

I. Begriff der b. p. unter Justinian. §. 150. 226

II. Ausmerzung der b. p. sine re. §. 151. 228

III. Anerkennung der her. pet. possessoria. §. 152. . . . 234

IV. Delations- und Antretungsregeln des Prätorischen Erbrechts und ihr Verhältniß zum Civilrecht.

1) Gründe, daß die b p. im Justinianeischen R. ein geschlossenes System geblieben sei. §. 153. 235

2) Dagegen aber sprechen a. Justinians Constitutionen §. 154. 240
b. die Basilikenscholiasten. §. 155. 245

3) Die Reception des Interd. quor. bon. §. 156. 257

Seite

4) Die Agnition der b. p. ist für die Prätorischen Erbklassen kein nothwendiges Erforderniß mehr.

a) nach den Novellen. §. 157. 260

b) nach Digesten, Codex, und der Darstellung des gesammten Erbrechts in den Institutionen. §. 158. 264

c) Erklärung des Institutionentitels de bon. poss. §. 159. 160. (Am Ende des §. 160. vor der b. p. ex legibus). 271

5) Gesammtresultat der Untersuchung. Die b. p. hat im Just. R. eine doppelte Bedeutung: die successio ex jure Praetorio, welche auch durch her. ad. erworben werden kann, und das Besitzesrecht der Erbschaft, welches unter den Regeln des successorium edictum steht, und mit dem Int. quor. bon. verfolgt wird. §. 161. 283

6) Verhältniß des successorium edictum zur missio Hadriana. §. 162. 290

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Theile der bon. poss.

Einleitung. §. 163. 298

I. Die ordinären ins Civilrecht recipirten Erbklassen. Notherbenrecht, Testamentarische und Intestatsuccession. §. 164. 299

II. Die Delations- und Acquisitionsregeln des Justinianeischen Civilrechts, insbes. die Lehre vom Erwerb der Erbschaft durch Stellvertreter

1) Allgemeine Grundsätze. . . . . }
2) Erwerb für Willensunfähige. . . . . } §. 165. 308
a) Pupillen, und infantes in päterl. Gew. }

b) furiosi. (b. p. furiosi nomine). §. 166. . . 315

c) Taubstumme. Verschollene. Minderjährige. Juristische Personen. §. 167. 321

3) Erwerb per procuratorem.

Seite

a) Folgerungen aus den Grundprincipien des Erbrechts und Mandats für die aditio per nuntium, die Vertretung der pro her. gestio, und die bedingten Aufträge zur Antretung. §. 168. 325

b) Historische Entwicklung, daß das Röm. R. die Stellvertretung bei der her. ad. keineswegs ausgeschlossen hat. §. 169. 332

III. Die b. p. als geschlossenes auf den Erbschaftsbesitz gerichtetes System. (Int. quor. bon. — b. p. furiosi. Carboniana. und ventris nomine). §. 170. 340

IV. Die b. p. litis ordinandae gratia und decretalis im Justinianeischen Rechte. §. 171. 342

Fünftes Buch.

Die Reception der bon. poss. und das heutige Recht.

Einleitung.

Die allgemeinen Principien über die Geltung des Römischen Rechts in Deutschland. §. 172—174. 349

Erstes Kapitel.

Geltung des Prätorischen Erbsystems in der neueren Zeit.

Quellen der Rechtsgeschichte seit Justinian, und deren Bedeutung. §. 175. 368

I. Die Glossatoren und ihre Vorgänger.

1) Literärgeschichte. §. 176. 373

2) Zeugnisse über das practische Recht. §. 177. 178. . . . 376

II. Das vierzehnte und funfzehnte Jahrhundert.

1) Literärgeschichte. §. 179. 180. 389

2) Zeugnisse über das practische Recht. §. 181. 401

III. Behandlung der b. p. seit dem 16. Jahrh. bis auf unsere Zeit.

1) Literärgeschichte. §. 182. 183. 404

Seite

2) Zeugnisse für das practische Recht.

a) Die Ansichten der Schriftsteller über Geltung der b. p. und deren Critik. §. 184. 185. . . . 413

b) Geschichte der gemeinrechtlichen Reception des Römischen Erbrechts in Deutschland, aus den Stadt- und Landrechten. §. 186.—188. . . . 430

IV. Endresultat. §. 189. 454

Zweites Kapitel.

Die Lehre vom Einsatz.

I. Der Einsatz ruht auf den Römischen Instituten der missio Hadriana und des Int. quor. bon. §. 190. 465

II. Gemeinrechtliche Reception der missio und des Interdicts, und gewohnheitsrechtliche Ausdehnung des Interdicts auf jeden heres auch ohne Agnition der b. p. §. 191. . 468

III. Verhältniß der missio zum Interdict. Unterschiede zwischen beiden. Gleichartigkeit beider im Effecte. Competenz des Richters. §. 192. 474

IV. Gegenstand des Einsatzes. Person des Klägers. Behauptungen der Parteien und Beweis derselben. §. 193. . . 482

V. Summarietät des Verfahrens. Unterschied des Einsatzes von anderen auf singulärem Grunde ruhenden provisorischen Einweisungen. §. 194. 497

Drittes Buch.

Die bonorum possessio in der späteren Kaiserzeit.

Einleitung.

§. 115. Wir haben es in diesem Werke mit einem Institute zu thun, das vielgestaltig durch den Lauf der Zeiten sich hindurchzieht, das dem Umschwunge der Verhältnisse nicht unverändert Trotz zu bieten vermochte, sondern durch sie nach und nach ein ganz anderes wurde. In dem ersten Buche habe ich zu zeigen versucht, wie der Begriff der **bon. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen aufzufassen ist, ein Begriff, dessen unverändertes Bestehen sich bis in die ältesten Zeiten unseres Institutes zurückführen läßt. Das zweite Buch leitete uns zu den Erweiterungen, welche auch schon den klassischen Juristen bekannt sind, aber theilweise bereits sich als Ausnahmen neben den ursprünglichen Begriff stellen. Diese Ausnahmen bilden den Uebergang zu den späteren Zeiten, in denen die Thätigkeit der Magistrate für die Fortbildung des Rechts erloschen ist, und eine frische lebensvolle wissenschaftliche Behandlung nicht mehr in den Kräften der damaligen Juristen liegt. Die Kaiser sind es jetzt, welche das Recht durch Gesetze bearbeiten, aber sie thun es, so viel Luxus sie auch mit Worten treiben, nur soweit der nothwendige Hausbedarf sie führt. Und nicht allein, daß sie ihre wissenschaftlichen Kräfte in Beziehung auf Productivität nicht mit denen der vorangehenden Zeiten zu messen vermögen, sie sind auch nicht einmal im Stande, das wissenschaftliche Erbtheil vergangener Zeiten gehörig zu bewahren, und vor Verwirrung und verkehrter Anwendung zu schützen.

In diese Zeiten treten wir jetzt ein. Wie in so vielen anderen Theilen des Römischen Rechts werden auch für die

bon. possessio die Quellen dunkler, das Studium derselben erhält eine gewisse Unerfreulichkeit, weil wir es hier nicht mehr immer mit juristischer Schärfe und vernünftiger Rechtsfortbildung zu thun haben, welches Lob wir im Ganzen doch den vorhergehenden Zeiten unbedenklich ertheilen dürfen. Aber statt dessen treten hier andere Umstände hervor, die unser Interesse erwecken, und Anziehungskraft genug haben, um uns auch in den wissenschaftlich ungebildeteren Zeiten dem Fortschreiten des Rechtes mit Liebe nachforschen zu lassen. Wir haben es einestheils mit einer Zeit zu thun, die der unsrigen näher liegt, und zur klaren Erfassung des heutigen Rechts von ganz besonderer Wichtigkeit ist. Das Recht der klassischen Juristen ruht gerade in unserer Lehre auf Grundlagen, die unserem heutigen Leben vollkommen fremd sind, und die Keime dessen, was wir als das heutige Recht hinzustellen haben, gehören hauptsächlich erst der späteren Zeit an. Da aber uns Juristen der Blick auf die Gegenwart unseres Rechtes stets die Grundrichtung und das eigentliche Ziel unserer Studien sein muß, so werden wir für die Unwissenschaftlichkeit der Zeiten, die wir bis zu unserem Ziele nicht überspringen können, doch wieder entschädigt. Wir finden hier die Elemente des Rechts, welches noch heutzutage besteht, und ihnen das nöthige wissenschaftliche Leben und die gehörige Durchbildung zu geben, deren sie früher entbehrten, das hängt eben lediglich von uns selbst ab. Nicht darauf kommt es an, daß wir dieselben Rechtssätze haben müßten, welche zur Zeit der Römischen Jurisprudenz galten, sondern daß wir die heutzutage geltenden Institute derselben ächt wissenschaftlichen Behandlung unterwerfen, wie die Römer es mit den ihrigen gethan haben. Und dazu sollen uns die klassischen Juristen Muster und Vorbild sein.

Hierzu gesellt sich noch ein anderer Umstand, welcher der Erforschung auch der späteren Kaiserzeit Reiz verleiht. Freilich geben uns die einzelnen neuen Bestimmungen der Constitutionen oft wenig Zeichen von einer wohlüberlegten, Alles gehörig überschauenden Fortbildung des Rechts, aber es kommt öfter vor, daß, wo Niemand auftritt und die Leitung übernimmt, die Zeit sich selbst halb unbewußt hilft. Rechtsumbildungen werden oft aus innerem practischen Bedürfniß zu einem ganz vernünftigen

Endresultate geführt, obgleich ein klarer Wille der Umgestaltung und ein Vorausſehen des Zieles, zu dem man gelangen werde, nicht vorhanden iſt. Ich hebe dies gleich hier hervor, um den Leſer der folgenden Darſtellung zu der Prüfung zu veranlaſſen, ob nicht gerade das Inſtitut der b. p. ein ſehr treffendes Beiſpiel zu dieſer Bemerkung gewährt. Wir werden es nachher genauer unterſuchen, ob nicht, ſeitdem die lebendige Rechtswiſſenſchaft, und die frühere freie Stellung des Prätors, die beiden Hauptträger und Stützen unſeres Inſtitutes, verſchwanden, die b. p. eine ganz andere Geſtalt gewinnen mußte. Ob nicht, da es ſich hier nur um das Wegfallen von bisher vorhandenen Vorausſetzungen handelt, die ganze Umwandlung von ſelbſt eintreten mußte, für die wir alſo nicht nach äußeren Geſetzen als den eigentlichen Urſachen ſuchen dürfen.

Es iſt hier gerade der paſſende Ort, um das Beſtehen der b. p. in dem langen Laufe der Jahrhunderte in großen Zügen zu charakteriſiren. Wollen wir Perioden machen, ſo müſſen, ſcheint mir, deren zwei angenommen werden. Die erſte reicht bis zu dem Punkte, auf dem wir jetzt ſtehen, alſo bis zum Ende der Römiſchen Jurisprudenz. Bis dahin liegt dem Inſtitute ein und derſelbe juriſtiſche Begriff zum Grunde. Aber freilich wurde derſelbe durch den Umfang, den es nach und nach einnahm, durch die Nebenzwecke, zu denen man es benutzte, weit überflügelt. Trotz dem hielt man noch immer am alten Begriffe feſt, aber es konnte die Zeit nicht ausbleiben, wo er weichen, und einem neuen Begriffe Platz machen mußte. Dies geſchah gegen die Zeit des Diocletian hin, und ſo beginnt hier denn ein ganz neues Weſen des Inſtitutes. Die Kaiſerconſtitutionen ſind davon nicht der eigentliche Grund, ſie ſind ſehr viel wichtiger für uns als Zeugen wie als Urheber der Rechtsänderung. Das was ſich in dieſer ſpäteren Kaiſerzeit entwickelt hat, iſt noch die Grundlage unſeres heutigen Rechtes. Juſtinians Compilation iſt allerdings ein ſehr hervortretender Punkt in dieſer großen zweiten Periode, aber ſie ruht einestheils auf dem, was ſich vor ihm feſtgeſtellt hatte, und ſie iſt anderntheils nicht directe Quelle unſeres heutigen Rechts, indem auch nach Juſtinian unſere Lehre noch wieder einer ſelbſtändigen Rechtsfortbildung unterworfen geweſen iſt. Danach zerfällt

also die zweite Periode in drei kleinere Zeiträume, die sich in den drei vor uns liegenden Büchern darstellen, die spätere Kaiserzeit vor Justinian, die Justinianeische Compilation, und die Reception der **b. p.** von den Glossatoren an. Die beiden hinter uns liegenden Bücher dagegen sind, weil hier ein anderer Begriff dem Institute zum Grunde lag, die Darstellung einer rein vergangenen Zeit. Sie enthalten historische Vorarbeiten, die freilich nicht fehlen durften, die aber zu einer directen Anknüpfung an unser heutiges Recht sich nicht eignen.

§. 116. Es ist nun sehr auffallend, daß in neuerer Zeit der ersten Periode der **b. p.** sehr eifrige Forschungen gewidmet worden sind, während über die zweite ein ziemliches Stillschweigen herrscht. Ich habe nicht im Sinn, die Gründe hier auszuführen, woraus sich dies erklärt, noch weniger, die Schriftsteller zu tadeln, welche der älteren Gestalt der **b. p.** ihre Thätigkeit zugewandt haben. Ich würde damit mich selbst tadeln, da ich diesem Gegenstande zwei weitläuftige Bücher gewidmet habe. Aber ich meine, daß wir nicht auf dem Punkte stehen bleiben dürfen, wo man bisher meistens still gestanden ist, und so habe ich es denn unternommen, auch den folgenden noch wenig betretenen Weg einmal ganz zu durchwandern. Nur an einzelnen Punkten fand ich einen gangbarer gemachten Pfad vor, aber freilich konnte ich ihn auch da nicht immer für den richtigen halten. Die Beschreibung meiner Reise durch das Quellengebiet lege ich nun hier dem Leser vor, und es ist möglich, daß wer denselben Weg noch einmal zurücklegt, finden wird, daß ich Manches übersehen, Manches nicht Uebersehene unrichtig aufgefaßt habe. Wenn dadurch dann das Richtige an den Tag gebracht wird, so werde ich ganz besonders mich dessen freuen. Jedenfalls werden, denke ich, die folgenden Untersuchungen, mag in ihnen nun schon die Wahrheit erkannt sein oder nicht, genügend zeigen, daß unsere Quellen durchaus nicht in dem Grade mangelhaft sind, um uns die Hoffnung einer sicheren Erforschung der Sache von vorn herein zu entziehen, und daß namentlich die Darstellung der **b. p.** in der späteren Kaiserzeit nicht bloß darin bestehen darf, etwa die Verschmelzung des Quiritischen Eigenthums und des **in bonis**, die l. 9. C.

qui admitti und noch einige ähnliche Punkte hervorzuheben.

Ich habe mir besonders angelegen sein lassen, dem Verschwinden früherer feststehender Terminologien, und dem Entstehen neuer Ausdrucksweisen nachzuforschen [1]); denn in einer Zeit, wo es keine theoretische Darstellungen des Rechtes mehr giebt, und wo wir auch vielen Rechtsänderungen nachspüren müssen, die gar nicht direct durch Gesetze veranlaßt wurden, sind die gelegentlichen, aber offenbar technisch gebrauchten Ausdrücke in den Kaiserconstitutionen von besonders sicherer Beweiskraft.

Ferner wird man aus der folgenden Darstellung ersehen, daß ich für die Umgestaltung der **b. p.** ganz vorzüglich die Zeit des Diocletian und Maximian hervorgehoben habe. Es ist dies aus doppeltem Grunde geschehen, einem äußeren und einem inneren. Der erstere ist, daß wir in der so großen Zahl der uns von diesen Kaisern erhaltenen Rescripte ein im Verhältniß zu anderen Kaisergesetzen besonders reichliches Material besitzen, um uns den damaligen Rechtszustand zur Klarheit zu bringen. Aber es tritt noch ein anderer Grund hinzu, um dessentwillen auch wohl noch in manchen anderen Lehren ein genaueres Studium der Diocletianischen Rescripte nicht ohne Frucht sein würde. Die große Zahl der von Diocletian erlassenen Constitutionen ist nichts rein Zufälliges, sie ist durch ein practisches Bedürfniß hervorgerufen. Es war damals die Zeit, wo das Sinken der Jurisprudenz bereits sehr fühlbar sein mußte. Man hielt jetzt Vieles, was die klassischen Juristen genau beobachtet hatten, für unnützen Formelkram, es mußte ferner durch das Aufhören des **ordo judiciorum privatorum** so Manches in den Schriften der Juristen, die doch practische Autorität hatten, dunkel und zweifelhaft werden, daß es gleichsam einer Interpretation bedurfte, wie vom jetzigen Standpunkte aus die klassischen Schriften zu verstehen seien. Dio-

1) So sind namentlich hervorzuheben die Ausdrücke: **b. p. cum und sine re, b. p. peti non potest, successio, vindicatio**, die drei Bezeichnungen der Erbantretung **cretio, pro herede gestio** und **agnitio**; endlich das Wort **beneficium**.

cletian hat diesem Bedürfnisse durch seine Constitutionen abzuhelfen gesucht. Sie haben also durchaus nicht die Tendenz, Neues zu bestimmen, sondern die alte Jurisprudenz mit den neuen veränderten Verhältnissen in Einklang zu bringen, und man kann keineswegs sagen, daß dies ohne Geschick und ohne einen gewissen juristischen Takt geschehen sei. Es ist in diesen Rescripten ein Streben unverkennbar, auch schon in den Worten an die alten Juristen und an die Ausdrücke des Edicts anzuknüpfen [2]), um recht deutlich zu zeigen, wie viel vom alten Recht noch unverändert bestehen bleiben sollte, es ist ferner, wo sich neue Terminologien für neue Rechtsbildungen finden, darin noch eine solche Festigkeit und Freiheit von Schwankung, daß dies sich höchst vortheilhaft von der immer mehr sich verschlechternden juristischen Kunstsprache der folgenden Kaiser unterscheidet.

Es werden im Folgenden genügende Beispiele für die Richtigkeit des Gesagten vorkommen. Jedenfalls wird schon das hier einleuchten, daß, wenn ein Institut sich in der späteren Kaiserzeit verändert haben soll, es von vorzüglicher Wichtigkeit ist, zu sehen, welche Gestalt es unter Diocletian einnimmt, indem diese, in noch erkennbarer Weise an die klassische Zeit sich anknüpfend, doch eben wieder die Grundlage für die späteren Zeiten bildet. So sind uns Diocletians Rescripte gleichsam die Brücke, durch welche es möglich wird zu sehen, wie sich der damals schon vorhandene neue Begriff der **b. p.** aus dem alten in sehr natürlicher Weise entwickelt hat.

Auf diese Anknüpfung des späteren Rechtes an das frühere kommt es überhaupt auch in allen einzelnen Theilen der **b. p.** ganz vorzüglich an; und so habe ich auf den anschaulichen Zusammenhang der späteren und früheren Zeit ein besonderes Ge-

---

2) In den Diocletianischen Rescripten kehrt sehr häufig die ganz technische Berufung auf die „edicti perpetui forma“ wieder. s. z. B. außer den später noch mitzutheilenden Stellen l. 1. C. de Carb. ed. l. un. C. uti poss. l. 9. C. quod cum eo qui in al. pot. l. 4. C. de tut. vel cur. qui satis non ded. l. 11. C. de praed. et al. reb. minor. l. 18. C. de furtis l. 9. C. de patr. potest. (vgl. fr. 8. de calumniator.)

wicht gelegt. Beide stehen zu einander in ähnlichem Verhältniß, wie Rechnungsexempel und Probe. Es läßt sich leicht innerhalb einer weit ausgedehnten Lehre ein einzelner Punkt hervorheben, und von einem beschränkteren Gesichtspunkte aus sehr plausibel unter eine vorgefaßte Ansicht fügen. Aber eine andere Frage ist dann noch, ob der einzelne Punkt auch in das ganze System der Lehre sich gehörig einpassen läßt, und daran scheitert denn oft manche, im Einzelnen sehr bestechende Idee. Ich glaube gerade für die Lehre der **b. p.** ist es ein Nachtheil gewesen, daß bei vielen über einzelne Theile aufgestellten Ansichten die Gesammtanschauung des Ganzen fehlte, daß namentlich die spätere Kaiserzeit mit ihrer wesentlich veränderten Gestaltung nicht gehörig vom klassischen Juristenrecht getrennt, und weder der Zusammenhang noch auch der Gegensatz beider gehörig geprüft wurde. —

Unsere Darstellung dieser späteren Kaiserzeit wird nun in vier Kapitel zerfallen. Das erste hat die Einwirkungen zu prüfen, welche die Aufhebung des **ordo judiciorum privatorum** für unsere Lehre mit sich geführt hat, worin, wie wir sehen werden, die Entstehung der **her. petitio possessoria** und das Verschwinden der **fictitiae actiones** enthalten ist. Das zweite Kapitel hat dann von der Umgestaltung der einzelnen notherbenrechtlichen, testamentarischen und Intestatklassen der **b. p.** zu handeln, im dritten werden die Antretungsregeln des Prätorischen Erbrechts, und im vierten die späteren Schicksale des **Int. quor. bon.** geprüft werden. Es wird hoffentlich das Folgende selbst es rechtfertigen, daß dem Stoffe diese Anordnung gegeben worden ist. Die Gesammtanschauung von der Umgestaltung des Begriffs der **b. p.** kann natürlich erst aus allen einzelnen Untersuchungen dieser vier Kapitel hervorgehen, indessen wird doch eine vorzugsweise sich hiemit beschäftigende Entwicklung im Anfange des zweiten Kapitels ihren Platz finden müssen.

In die Darstellung selbst wird Manches am passenden Orte verwebt werden, was nach meiner Ansicht nur eine unbedeutende oder gar keine Einwirkung auf die Umwandlung unserer Lehre gehabt hat; einige Punkte aber, die wir unter demselben Gesichtspunkte aufzufassen haben, sind am Besten

gleich vorauszuſtellen, damit ſie in dem ſpäteren Gange der Entwicklung nicht weiter einer ſtörenden Erwähnung bedürfen. Sie ſollen alſo gleich in den letzten beiden Paragraphen dieſer Einleitung erledigt werden.

§. 117. Eine Eintheilung der geſammten **b. p.**, welche in allen Zeiten, wo man das Röm. Recht bearbeitete, viel Glück gemacht hat, iſt die in **bon. poss. ordinaria** und **extraordinaria**. Aber in dieſer Art findet ſie ſich gar nicht in den Quellen, und deßhalb brauchen wir nur kurz dabei zu verweilen.

v. Löhr hat mit Recht gezeigt [1]), daß der Ausdruck **ordinaria b. p.** nur vorkommt im Gegenſatz zur **Carboniana** [2]), und zu der **b. p. quibus ex legibus** [3]), und wenn man die citirten Stellen durchlieſt, ſo ſieht man deutlich, daß unter dieſe **ordinaria b. p.** jede gehört, welche in eine der aufeinander folgenden Friſten des **successorium edictum** fällt. Der Ausdruck **extraordinaria** kommt aber gar nicht vor, und daraus ſieht man genügend, daß die Römer nicht die Abſicht hatten, hier zwei verſchiedene Klaſſen ſcharf einander gegenüber zu ſtellen. Es erklärt ſich dies aus dem in unſerem erſten Bande (S. 69) ausgeführten Satze, daß die Römer, in Folge der hiſtoriſchen Entwicklung, an und für ſich **bonorum possessio** und **successorium edictum** als gleichbedeutend nehmen. Beides war urſprünglich vollkommen einerlei, nachher freilich ſetzte man das viele Neue, was der Prätor hinzufügte, meiſtens dem **successorium edictum** im eng. S. als den bloßen Regeln über die Anordnung der Friſten, entgegen, aber da dieſe neuen Klaſſen doch in das Syſtem der Friſten mit eingeordnet wurden, ſo kommt es, daß noch Ulpian auch jene weitere Bedeutung von **successorium edictum** kennt. Neben dieſem großen Syſtem der **b. p.** gab es indeß noch wieder beſondere Sätze, die man als wahrhaft im Gebiet deſſelben liegend nicht anerkennen konnte, bei denen man indeß auch den Ausdruck **b. p.**

1) Magaz. III. S. 234 ff.
2) fr. 5. § 3. de legat. pr. fr. 3. §. 14—16. de Carb. ed.
3) §. 6. 4. de b. p.

gebrauchte; was war natürlicher, als daß man, um durch dieſen Ausdruck keine falſchen Begriffe zu veranlaſſen, ihm das eigentliche Gebiet des **successor. ed.** als **ordinaria b. p.** gegenüberſetzte. Wir haben alſo nichts darin zu finden, als daß Alles, was dieſer **ordinaria** entgegengeſetzt wird, nicht als **wahre b. p.** angeſehen werden darf, und das beſtätigt ſich vollkommen, wenn wir die Art der Agnition, ſowie die Wirkungen der **b. p. Carboniana** und **ex legibus** ins Auge faſſen. Umgekehrt haben die Neueren, indem ſie der **ordinaria** die **extraordinaria** gegenüberſetzen, den Schein herbeigeführt, als ſei dies ein zweiter wahrhaft in das Syſtem der **b. p.** gehöriger Theil, was gerade die Römer verhindern wollten, indem ſie bloß jenen erſten Ausdruck gebrauchen, den wir alſo ganz mit: „**wahrer b. p.**" gleichbedeutend nehmen können.

Hier intereſſirt uns nur der eine von dieſen der eigentlichen **b. p.** nicht angehörigen Fällen, die **bon. poss. quibus ex legibus.** Aehnlich wie ſich der Prätor bei ſeinem Edicte über die **in integrum restitutio** den geſetzgebenden Gewalten unterordnet [4]), ſo thut er es auch hier, indem er edicirt:

> **uti me quaque lege, senatusconsulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo** [5]).

Dies Edict ſcheint ſchon einer älteren Zeit anzugehören, denn ſonſt würden gewiß wie bei der **i. i. r.** auch die **edicta** und **decreta principum** erwähnt ſein. Aber unter der Kaiſerzeit kann Niemand gezweifelt haben, daß dieſe ebenſogut hieher gehörten, als wenn ſie ausdrücklich erwähnt wären.

Danach iſt dem Edicte nicht mehr und nicht minder Werth beizulegen, als einer Erklärung, daß der Prätor ſich den Beſtimmungen des neueren Civilrechts unterordnen werde, die Erlaſſung des Edicts iſt denkbar zu einer Zeit, als noch kein Fall von der Art vorgekommen war; alſo es iſt überhaupt möglich, daß dieſes **in futurum** geſtellte Edict in ſehr wenigen Fällen

---

4) fr. 1. in fin. quib. ex caus. maj. — — in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit. — Der Fall iſt freilich nur ähnlich, denn ſ. fr. 28. §. 2. eod.

5) fr. un. Ut ex legib.

zur Anwendung gekommen ist. Und in der That finden wir in den Quellen nur höchst unbedeutende hieher zu ziehende Punkte.

Es ist nämlich von einer **b. p. ex legibus** genau der Fall zu trennen, wo durch neueres Civilrecht Jemandem civiles Erbrecht verliehen wird. Dieser, obgleich er sich im Uebrigen noch vom alten civilen Erbrecht der 12 Taf. unterscheidet [6]), steht demselben in Beziehung auf die **b. p.** gleich, d. h. da der Prätor in sein System das ganze Civilrecht als solches aufnimmt, so müssen auch die neuerdings Hinzugekommenen von selbst eine Klasse in der **b. p. unde legitimi** ausmachen [7]), wie dies z. B. namentlich beim **Setum Tertullianum** und **Orphitianum** Statt findet [8]). Unter diesen Gesichtspunkt gehören viele Fälle, welche man fälschlich zu der **b. p. ex legibus** gerechnet hat [9]).

Eher schon könnte man hieher ziehen jene Kaisergesetze, welche wir bei der **sec. tab. b. p.** haben kennen lernen (s. oben §. 110 u. 111), wonach eine **b. p.** in mehr Fällen, als dies bisher der Prätor anerkannt hatte, **cum re** sein soll, denn hier ruht ihr **effectus** lediglich auf der kaiserlichen Constitution. Aber wahrhaft hieher gehören sie doch nicht, da auch schon der Prätor allein hier eine **b. p.** gegeben hatte, die freilich zur **sine re** gemacht werden konnte [10]).

Wahre **b. possessiones ex lege** sind nur da vorhanden, wo auch die Ertheilung selbst durch das Gesetz, nicht durch den Prätor, angeordnet ist. Dergleichen finden wir durch die **lex Julia** und **Pap. Poppaea** bestimmt, welche die Rechte des Patrons auf die Erbschaft des Freigelassenen anders feststellte, als

---

6) fr. 11. de suis et legit. fr. 1. §. 8. ad Sc. Tertull.

7) fr. un. §. 2. Ut ex legib. fr. 2. §. 4. fr. 3. unde legit.

8) fr. 2. §. 18. ad Sc. Tert.

9) Diese widerlegt von Löhr (Magazin III., 239), obgleich er anderswo die von ihm selbst gezogene Gränze nicht einhält. S. oben Bd. I. S. 159. Not. 1.

10) s. auch den §. 84. Note 9. erwähnten auf einer Kaiserconstitution beruhenden Fall, den aber die Juristen den übrigen Theilen der c. t. b. p. ganz gleich stellen, und worin auch nicht die Befugniß zur directen Erbittung einer b. p. liegt.

dies bisher durch den Prätor geschehen war [11]). Es war also doch nur die Ausbildung einer schon vorhandenen Prätorischen **b. p.**, woran aber freilich durch das Civilrecht ganz neue Befugnisse geknüpft wurden.

Hier fand nun wirklich ein wahres Ineinanderfließen des civilen und Prätorischen Erbrechts Statt. Es ward in Beziehung auf die Agnition die Form des Prätorischen Rechts vorausgesetzt, aber materiell war es doch immer Civilrecht, und deßhalb mußte auch die **b. p. unde legitimi** daraus agnoscirt werden können [12]).

Aber die Fälle einer solchen Zusammenschmelzung — sind, wenn es auch vielleicht noch mehre gegeben hat, als wir wissen, doch jedenfalls im Ganzen immer sehr unbedeutend geblieben, was wir daraus sehen, daß die Regel des **successorium edictum**, eine einmalige Agnition vernichte alle weitere Delation, auf sie keine Anwendung fand [13]). Hierin liegt nämlich, daß das eigentliche **successorium edictum** mit allen darin befindlichen Klassen nie direct durch Civil-Gesetze seine weitere Ausbildung erlangt hat, denn sonst würden diese Ausbildungen als Theil des **successorium edictum** auch dessen allgemeinen Regeln unterworfen worden sein. Deßhalb eben setzte man die **b. p. ex legibus** als ganz anomale Fälle dem geschlossenen **successorium edictum**, als der **ordinaria b. p.** gegenüber [14]).

---

11) fr. 6. §. 1. de bon. poss. §. 2. I. de succ. libert. Ulp. XXIX. 5—7. — Ein anderer Fall, auf den v. Löhr a. a. O. S. 249. nach einer Bemerkung Hugos aufmerksam macht, und den auch Heimbach (Rechtslexikon II. S. 315) allein anführt, ist zweifelhaft. — In gewissem Sinn könnte man noch den Fall des fr. 2. §. 9. ad SC. Tertull. hieher zählen, wo durch ein Decret des Pius das SC. Tertullianum aufgehoben, und die alte b. p. unde cognati wiederhergestellt wird.

12) fr. 3. unde legit. — Quum vero etiam bon. possessionem dari jubet, tum ex illa parte, qua ex legibus, peti debere; sed et ex hac parte poterit.

13) fr. un. §. 1. Ut ex legib. — Nunquam b. p., quae ex alia parte edicti agnita est, impedit istam bonorum possessionem.

14) Ueberhaupt der Mangel der Quellen zeigt zur Genüge die geringe Bedeutung der b. p. ex legibus; denn wenn wir auch Justinian eine gewaltige Ausmerzung derselben zuschreiben wollten, was aber

§. 118. Die Kaiſerzeit, in welcher das civile und Prätoriſche Erbrecht mit einander verſchmolzen worden iſt, hätte dazu das Mittel der **b. p. ex legibus** gebrauchen können. Die Kaiſer hätten das ganze Civilrecht als **bon. possessiones ex legibus** in das Prätoriſche Syſtem hineintragen und anordnen können, daß auch die **heredes** abſolut an die Prätoriſchen Agnitionsregeln, alſo an eine gerichtliche Antretung in beſtimmter Friſt gebunden ſein ſollten. Sie haben dies aber entſchieden nicht gethan.

Dagegen könnte man nun umgekehrt meinen, die Verſchmelzung beider Erbrechtsſyſteme ſei in gerade entgegengeſetzter Weiſe vor ſich gegangen. Die **bonorum possessio** ſei zu Civilrecht geworden, ſie habe als ein von den **leges** und den Kaiſern anerkanntes Inſtitut, alſo insgeſammt als **bon. possessio ex legibus**, ihre rein Prätoriſchen Beſtandtheile abgeſtreift, und ſo ſei denn das in der **b. p. ex legibus** liegende civile Reſiduum mit der **hereditas** identiſch geworden.

Hierfür ließe ſich zweierlei anführen. Es iſt einestheils durch Hadrian das **edictum** zu einem **perpetuum** gemacht worden, und es iſt freilich nicht zu läugnen, daß, mag man dies Ereigniß im Uebrigen anſehen, wie man will, ſeitdem das Prätoriſche Recht als etwas Feſtſtehendes, practiſch ebenſo wie eine **lex**, **in perpetuum** Geltendes angeſehen wurde. Nennt doch Ulpian das Edict über das Erbrecht der Cognaten geradezu eine **lex** [1]). Das Prätoriſche Recht unterſchied ſich alſo im Grunde nur noch hiſtoriſch, nicht aber in der practiſchen Art der Geltung vom Civilrecht.

Daſſelbe ſcheint nun auch aus den vielen Kaiſergeſetzen hervorzugehen, worin einzelne Prätoriſche Erbklaſſen ausdrücklich als geltendes Recht anerkannt, alſo als Civilrecht durch den Ausſpruch des Kaiſers conſtituirt ſind. Soll man nun nicht alſo nach **l. 2. C. de b. p. sec. tab. l. 1. C. de b. p. contra tab. l. 1. C. unde liberi. l. 1. u. 5. C. unde legit. l. 1. C. unde vir et uxor.** überhaupt alle Klaſſen der **b. p.**

---

gar nicht wahrſcheinlich iſt, ſo würden wir doch in den Vorjuſtinianeiſchen Quellen mehr Spuren finden.

1) fr. 1. §. 2. unde cogn.

als **bonorum possessiones ex legibus**, also als Civilrecht auffassen können, welches durch die kaiserliche Anerkennung mit der **hereditas** verschmolzen worden ist?

Diese beiden Gründe sind an und für sich ganz richtig, aber sie beweisen durchaus nichts. Sie beweisen allerdings, daß man das Prätorische Recht, wenn man will, in einem neueren Sinn auch Civilrecht nennen kann, d. h. das Prätorische Recht erhielt, außer der Verbindlichkeit, die es schon immer in sich selbst gehabt hatte, noch die Anerkennung derer, welche durch ihre Aussprüche Civilrecht constituiren. Wir wollen es also einmal neueres Civilrecht nennen. Aber ist es denn damit schon mit dem alten Civilerbrecht, der **hereditas**, verschmolzen? Hadrians Perpetuirung und die vielen späteren Kaiserconstitutionen sagen ja nicht, daß die Prätorischen Erbklassen jetzt wie **heredes** in Bezug auf Delation und Acquisition behandelt werden sollen, so daß sie also die Erbschaft ohne Erscheinen vor dem Prätor in bestimmter Frist antreten könnten. Sondern indem die Prätorischen Klassen anerkannt werden, läßt man auch die bisher für sie bestehenden Prätorischen Regeln über Delation und Acquisition ganz unverändert bestehen.

Also wenn man auch sagen will, die **b. p.** sei jetzt Civilrecht geworden, so ist eben dem ganzen geschlossenen Systeme der **b. p.** dieser Charakter verliehen worden, und es unterscheidet sich daher von dem, was man bisher allein Civilerbrecht nannte, noch gerade so in Delation und Acquisition, wie bisher, als man es lediglich Prätorisches Edict hieß. Mit jenen Argumenten gelangen wir also lediglich zu einer Namensvertauschung, für eine innere Verschmelzung und Ausgleichung der beiden Erbrechtssysteme ist damit noch gar nichts gewonnen. —

Wir haben hiermit vorerst ein negatives Resultat. In der angegebenen Weise können wir das, worauf wir ausgehen, nicht finden, es bedarf zur Erreichung unseres Ziels tieferer Untersuchungen, zu denen wir nun übergehen.

Erstes Kapitel.

Die Entstehung der hereditatis petitio possessoria.

§. 119. Wir müssen zunächst prüfen, welche Einwirkungen sich aus dem Untergange des **ordo judiciorum privatorum** für die **bonorum possessio** entwickeln lassen.

Um die Zeit des Diocletian wurde die regelmäßige Trennung des Verfahrens **in jure** und **in judicio** aufgehoben, und dadurch, wie bekannt, eine völlige Umgestaltung des Römischen Processes, sowie auch gar manche Veränderungen in der materiellen Natur der zum Schutz der Privatrechtsverhältnisse dienenden Rechtsmittel hervorgerufen, obgleich keineswegs zu glauben ist, daß darin eine gänzliche Revolution dieser letzteren enthalten sei [1]).

Wir haben dies Ereigniß nun mit der Natur der civilen und Prätorischen Erbrechtsklagen zusammenzuhalten, und zu untersuchen, ob etwa hiedurch in dem zwischen beiden bestehenden Verhältniß, wie es im ersten Bande dargestellt ist, eine wahre materielle Umgestaltung vor sich gegangen sei, so daß dem Untergange des **ordo judiciorum** im Erbrechte eine größere Wichtigkeit beizulegen wäre, als in manchen anderen Theilen des Civilrechts. Wir werden hiedurch, außer der Frage, was aus den früheren **fictitiae actiones** geworden sei, auf die Lehre von der **hereditatis petitio possessoria** ge-

1) Puchta Cursus der Instit. II. S. 245.

führt, einen Gegenstand, dessen große historische Schwierigkeiten man erst in neuerer Zeit erkannt hat, und über den denn auch die entgegengesetztesten Ansichten aufgestellt worden sind. Wir werden uns mit ihm in diesem Kapitel, wie schon die Ueberschrift sagt, vorzugsweise zu beschäftigen haben, während hinterdrein die **fictitiae actiones** anhangsweise sich sehr leicht werden erledigen lassen. Die ganze Frage über die **her. pet. poss.** macht aber ein ziemlich weitläuftiges Zurückgehen auf die Zeit der klassischen Juristen nöthig. Wenn wir auch hier schon eigentlich hinter dieser Zeit stehen, so wird ein Rückblick auf Früheres theils durch die Keime gerechtfertigt, an die wir das spätere Institut sich werden anknüpfen sehen, theils auch durch die Art und Weise, wie bisher diese Frage besprochen worden ist, so daß eine Widerlegung der Gegner aus dem früheren Rechte nicht wohl umgangen werden kann. —

Auf den Untergang des **ordo judiciorum privatorum** ist bisher für die Lehre der **b. p.** wenig Gewicht gelegt worden [2]), und man fand in früheren Zeiten in Beziehung auf die Rechtsmittel des **bonorum possessor** den Satz äußerst einfach und sich gleichsam von selbst verstehend, daß der Prätor, da er den **bon. possessor loco heredis** habe hinstellen wollen, ihm auch die Erbschaftsklage als **hereditatis petitio possessoria** geben mußte. Erst seitdem man versucht hat, den Ursprung der **b. p.** zu erforschen, sah man ein, daß dies Rechtsmittel wohl nicht gleich von Anfang an bestanden habe, und so findet sich denn fast bei allen verschiedenen Ansichten über die Entstehung unseres Institutes die gemeinsame Bemerkung, daß die ursprünglichen Rechtsmittel des **bonorum possessor** das **Int. quor. bon.** und die **fictitiae actiones** seien, und daß erst später der Prätor die **possessoria her. pet.** hinzugefügt habe.

Es bedarf nach den Entwicklungen des ersten Bandes keiner weiteren Ausführung, daß auch ich dies *spätere Hinzukommen* derselben für unzweifelhaft halte, aber damit erhebt

2) v. Löhr Magazin III. S. 336. hebt allerdings denselben hervor, findet aber umgekehrt, daß hiedurch die **her. pet. possessoria** und die **civile her. pet.**, welche bisher einander gegenüber gestanden hätten, zusammengeschmolzen seien.

ſich denn die Frage, was die Gründe dieſer Ausbildung des Prätoriſchen Erbrechts geweſen ſeien, und in welche Zeit wir ſie zu ſetzen haben.

Savigny ſtellt die Sache folgendermaßen dar [3]): Seitdem das **in bonis** aufgekommen ſei, habe man dies auch dem **bon. possessor** eingeräumt, und dadurch ſeien **hereditas** und **bon. poss.** näher aneinander gerückt worden, ſo daß man ſich mehr und mehr daran gewöhnte, Letztere als ein der Erſteren gleichartiges Recht anzuſehen, und danach denn auch das eigenthümliche Rechtsmittel analogiſch auf die **b. p.** auszudehnen. Wahrſcheinlich ſei dies um die Zeit des Mark Aurel geſchehen [4]), da erſt durch dieſen die **b. p. sec. tab.** höher geſtellt worden wäre [5]), während ſie vorher ein ganz untergeordnetes und ſehr abhängiges Recht gegeben, und nur die **b. p. intestati** ſchon früher der **hereditas** ſehr nahe geſtanden habe.

Daß ich dieſe Auffaſſung nicht für richtig halten kann, geht aus den Unterſuchungen, welche ſchon an anderen Stellen ihren Platz gefunden haben, von ſelbſt hervor. Das in **bonis** iſt, wie ich im erſten Bande ausgeführt habe, ein Complex höchſt ungleichartiger Fälle, der durch den gemeinſamen von den Juriſten aufgeſtellten Begriff nur ſehr locker zuſammengehalten wird. Daß einer von dieſen Fällen (z. B. Tradition einer **res mancipi**), der Grund geweſen wäre, einen anderen Fall anders zu geſtalten, und alſo z. B. für den **bon. possessor** andere Klagen hervorzurufen, ſcheint mir eine unzuläſſige Annahme. Die **b. p.** iſt gerade der Fall, welcher ſich nach den Quellen in die älteſte Zeit hineinzieht. Mag man nun ſchon hier, ehe es noch andere Fälle gab, von einem **in bonis** geſprochen haben (ſo wie man vom **heres** ſagte, er ſei **in bonis**) [6]), oder nicht, jedenfalls kamen doch ſchon in der **b. p.** Fälle eines vollkommenen Geſchütztſeins im Haben einer Sache vor; aber ſie waren ſo eigenthümlicher Art, daß ſie weder den

3) Zeitſchr. f. geſch. R. W. S. 17 ff.

4) Jedenfalls könne es nicht ſpäter ſein, da die beiden Stellen in **Tit. D. de her. pet. poss.** von Gaius und Ulpian herrührten.

5) Savigny beruft ſich auf **Gaius II. 119. 120.**

6) ſ. Cic. ad div. 13. 30. Hugo R. G. 11. Aufl., S. 196. Note 8.

Anlaß noch das Vorbild abgeben konnte, um die Tradition einer **res manc.** ebenfalls einem vollkommnen Schutze zu unterwerfen. Darin liegt umgekehrt, daß, als man Letzteres that, daraus gar keine Rückwirkungen auf die **b. p.** hervorgehen konnten. Auch wenn der Name: **in bonis** erst später aufgekommen ist, so ist doch in der Sache dadurch Nichts geändert. Denn der Fälle wurden nicht mehr, wo der **b. possessor** dauernd im Besitze der Erbschaft geschützt worden wäre [7]), und da in den bisherigen Fällen schon vollkommener Schutz durch Klage und **exceptio** vorhanden war, so kann doch der Name nichts gemacht haben, um die **b. p.** der **hereditas** näher zu stellen, und sonach eine neue Klage, die **her. pet. possessor.** hervorzurufen. — Und was jene Verfügung des Mark Aurel betrifft, so ist es oben weiter entwickelt worden, daß durch sie keineswegs erst die **sec. tab. b. p.** wahre Kraft bekommen habe. Im Gegentheil hat die **b. p.** von Anfang an, sowohl **ab int.** als **ex test.** ein der **hereditas** gleichartiges Recht dargeboten, und danach müßte denn also die **her. pet. poss.** schon von Anfang an bestanden haben, was aber doch wieder unmöglich ist.

v. Löhr scheint indeß diese Unmöglichkeit noch gar nicht anzunehmen [8]). Da der Prätor dem **b. possessor fictitiae actiones** gegeben habe, so lasse sich gar nicht absehen, weßhalb er diese Fiction nicht auch bei der **her. pet.** zugelassen haben sollte, namentlich da ja auch der alte **pro herede** Usucapient die Erbschaftsklage gehabt, und der Prätor dem **bon. possessor** gerade die Befugniß der Usucapion gegeben habe. — Ich kann mich wohl im Widerspruch hiergegen lediglich auf die Erörterungen des ersten Bandes über die **fictitiae actiones** und das **Int. quor. b.**, sowie die **pro her. usuc.**, welche keineswegs als in der **b. p.** fortlebend zu denken ist, beziehen. —

Von der Schwierigkeit, die **poss. her. pet.** in dem älteren Systeme der **b. p.** zu rechtfertigen, überzeugt, hat nun Fabricius den Knoten zerhauen [9]), und die Ansicht aufgestellt, die ganze Klage sei erst eine Mißgeburt Justinians. Die

7) Man kann ja gar nicht allgemein sagen, jeder **bon. possessor** habe das **in bonis.**

8) Archiv. **XII.** S. 111. — Sein Magazin. **IV.** S. 418.

9) Rhein. Mus. **IV.** S. 178 ff. 209 ff. **Bon. Poss.** S. 200.

Compilatoren hätten, sei es aus Mißverständniß, sei es (was sich auch denken lasse) absichtlich, zwei Stellen des Gaius und Ulpian, die von den **fictitiae actiones** gesprochen, unter dem höchst unpassend erfundenen Titel: **possessoria her. pet.** zusammengestellt und danach interpolirt.

Diese Ansicht ist von den späteren Schriftstellern entschieden ungünstig aufgenommen [10]), und so viel ich weiß von Niemandem gebilligt worden; sehr natürlich, da die Gewaltsamkeit der Argumentation, wie sie von Fabricius angewandt wird, wahrlich nicht geeignet ist, Ueberzeugung hervorzurufen [11]). Gerade deßhalb ist die Reaction desto stärker gewesen, und man hat sich, indem man gewisse richtige Elemente in der Fabriciusschen Ansicht übersah, auf alle Weise bemüht, schon zur Zeit der klassischen Juristen das Bestehen dieser Klage zu rechtfertigen. Namentlich ist die Gegenbeweisführung von Arndts, der die Klage dem Julian zuschreibt, keineswegs glücklich zu nennen, während Huschke bei weitem scharfsinniger ihren Ursprung an gewisse allerdings bei den Pandekten-Juristen vorkommende Keime anknüpft. Was ich für das Richtige halte, soll nun entwickelt werden.

§. 120. Nach der Darstellung im ersten Bande setze ich Folgendes als feststehend voraus.

Das Erbrecht erfordert, wenn es vollkommen von dem Richter geschützt sein soll, seinem Begriffe nach Zweierlei. Es müssen die Klagen, die schon dem Erblasser zustanden (dingl. und persönl.), auch vom Erben angestellt, und die Sachen, die sich im Besitz des Erblassers bei seinem Tode fanden, insgesammt von ihm eingefordert werden können. Der Erbe muß dies Besitzesverhältniß, oder das Begründetsein jener Klagen,

10) Arndts Beiträge I. S. 50. Huschke in Richters Jahrb. 1839. I. S. 25. v. Löhr, Magaz. IV. S. 418. Mühlenbruch Pand. §. 712. Note 3. v. Bangerow Leitfaden II. S. 373. (§. 509.)

11) z. B. folgende Stelle bei Fabr.: „Diese todtgeborene Klage mitsammt ihrem monströsen Namen sei Nichts als eine Erfindung Justinians und seiner Gehülfen, welche diesen Wechselbalg, statt der in der Compilation unterschlagenen fictitiae actiones des bon. possessor, in das Röm. Recht eingeschwärzt haben."

und außerdem stets noch sein Erbrecht darthun. In einem gut geordneten positiven Recht kann man nun ziemlich mit gleichem Vortheil zwei Wege betreten; man kann ein einziges Rechtsmittel aufstellen, gestützt auf den Beweis des Erbeseins, worin denn gleichmäßig das Recht enthalten ist, sowohl die Sachen einzufordern, als die Klagen des Erblassers geltend zu machen. Oder man theilt diese beiden Klassen, und giebt für die Eine dem Erben die Einzelklagen, für die Andere eine Gesammtklage bloß auf die **corpora hereditaria.**

Dem ersteren Wege nähert sich das Civilrecht, aber es ist ihn nicht ganz gegangen. Die **her. pet.** geht auf die **corpora hereditaria** und auf die Einzelklagen des Erblassers, soweit sie **in personam** sind, dagegen die dinglichen Einzelklagen bestehen noch daneben. Der Grund dieser Singularität ist die **pro herede usucapio,** auf welche sich wohl die Schuldner, nicht aber die mit einer dinglichen schon dem Erblasser zustehenden Klage zu Belangenden berufen können (**nemo sibi causam possessionis mutare potest**).

Den zweiten Weg hat der Prätor, da er sich an die Singularitäten des Civilrechts hier nicht zu kehren brauchte, eingeschlagen, und danach scheiden sich die **fictitiae actiones** und das **Interdictum quorum bonorum.**

Hiernach beantwortet sich die Frage, ob es ein Bedürfniß war, daß der Prätor nun auch noch in seinem Systeme die **her. pet.** als **fictitia** gab, von selbst; und es erhellt zugleich, daß die Gründe, welche man bisher entweder für die Bejahung oder Verneinung angegeben hat, gleichmäßig unzulässig sind. Fabricius [1]) sagt, es sei gar kein Bedürfniß vorhanden gewesen, weil das **Int. quor. bon.** schon durchaus denselben Umfang hatte wie die **her. pet.** Da dies aber entschieden unrichtig ist, so schließen daraus seine Gegner, daß es mithin von Interesse war, dem **bon. possessor** noch die **her. pet.** zu geben. Denn nicht das **Int.**, wohl aber die **her. pet.** geht gegen die **debitores.** Damit wollen sie freilich nicht behaupten, daß also ohne diese **her. pet. poss.** der **bonor. possessor** die **debitores** nicht habe belangen können, denn er hatte ja die

1) **Bon. poss.** S. 200.

fictitiae actiones. Vielmehr soll es nur heißen, daß jetzt in einer Universalklage *vereinigt* werden konnte, was bisher in zwei Processe getrennt werden mußte.

Ich muß aber gestehen, daß ich nicht einsehen kann, welchen Vortheil dies gewährt habe. Allerdings ist es wichtig, sämmtliche **corpora hereditaria** mit einer Universalklage einfordern zu können, aber daß nun auch noch die Forderungen mit in das Gebiet derselben gezogen werden, hat doch jedenfalls nur in dem singulären Fall Bedeutung, wo der Besitzer der Erbschaft zugleich Schuldner des Erblassers ist [2]). Aber um dieses singulären Falles willen würden die Römer nie darauf gekommen sein, die **debitores hereditarii** mit in die **her. pet.** hineinzuziehen, denn sonst würde man auch die mit einer dinglichen Einzelklage zu Belangenden eben so behandelt haben. Ebensowenig kann dies denn auch der Grund gewesen sein, die **her. pet.** dem **bon. possessor** zu geben. Im Gegentheil bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der Streit über die einzelne Forderung meist besser abgesondert werde von der Klage auf Herausgabe der **corpora**, weil in beiden Processen wesentlich verschiedene Streitpunkte vorhanden sind; und in Beziehung auf das bei Beiden Gemeinsame, nämlich den Beweis des klägerischen Erbrechts, konnte der Prätor leicht die wünschenswerthe Vereinfachung dadurch erreichen, daß er die Forderung an denselben **judex** verwies, an den auch der **exitus interdicti quor. bon.** kommen sollte.

Also wir können nicht annehmen, daß der Schutz, den der Prätor dem **bon. possessor** gegeben; *mangelhaft* gewesen, und daß ihm eben deßhalb die **her. pet. poss.** gewährt worden sei [3]), sondern umgekehrt die Rechtsmittel des **bon. pos-**

---

2) Denn wo dies nicht der Fall ist, da hat, abgesehen von der **pro her. us.**, die gegen den **debitor** angestellte **her. pet.** nur selten eine Verschiedenheit von der gegen ihn gerichteten Einzelklage, und jedenfalls keine, wo Erstere bessere Wirkungen hätte als Letztere. s. Bd. I. S. 314. Note 11. — fr. 13. §. 1. fr. 14. **de servo corr.**

3) Noch einen Punkt könnte man hier hervorheben (obgleich dies bisher noch nicht speciell geschehen ist), weßhalb die **her. pet. poss.** wegen Mangelhaftigkeit des **Int. quor. bon.** eingeführt worden wäre. Nämlich die **her. pet.** geht gegen den **qui liti se obtulit**, nicht

sessor sind das reine Erzeugniß dessen, was das Erbrecht zu seinem Schutze bedarf, ohne die Sonderbarkeiten der her. pet., die freilich ihren vollkommenen Erklärungsgrund haben, aber wahrlich nicht der Mühe werth waren nachgeahmt zu werden.

Und wenn wir nun keine besonderen Vortheile finden, die dem b. possessor erst durch die her. pet. poss. gewährt worden wären, sollen wir etwa glauben, daß der Prätor nur um der Form willen sie eingeführt habe, damit soviel wie möglich der bon. possessor auch äußerlich dem heres gleich sähe? — Die bon. poss. ist von Anfang an eine Universalsuccession gewesen, hat also in dieser Hinsicht von jeher einen gleichen Begriff gehabt, wie die hereditas, und das ist genug. Im Uebrigen beide zu vermischen, ist nie die Absicht des Prätors gewesen, im Gegentheil stehen sich zur Zeit der klassischen Juristen noch, wie wir gesehen haben, beide Systeme in gewisser Weise gegenüber, und es ist ein Anachronismus für ihre Zeit das Bedürfniß der Ineinanderschmelzung vorauszusetzen, das allerdings in der späteren Kaiserzeit vorhanden war. —

Aber die Gegner behaupten, es seien deutliche Beweise vom Bestehen der her. pet. poss. zur Zeit der klassischen Juristen vorhanden. Allein ich kann nicht umhin, zu bemerken, daß das bisher in dieser Hinsicht Vorgebrachte mir in keiner Weise auch nur Wahrscheinlichkeit des Behaupteten zu enthalten scheint. Es bedarf dies einer genaueren Prüfung.

Daß Justinian die her. pet. poss. nicht erst gemacht habe, scheint mir freilich, wie wir alsbald sehen werden, völlig bewiesen werden zu können; vielleicht auch ist dieser Name schon für das bereits vor ihm bestehende Rechtsmittel gebräuchlich

---

aber das Interdict. s. Bd. I. S. 395. Aber Niemand wird doch wohl im Ernst meinen, daß um solcher Singularität willen dergleichen Weitläuftigkeiten gemacht wären, da man ja ganz einfach diesen Fall zu dem qui dolo fecit, ut desineret possidere in der Interdictsformel hinzufügen konnte, wenn man es passend gefunden hätte, daß der bon. possessor auch aus diesem Grunde eine Klage haben sollte. Gab es ja doch noch viele andere Klagen, bei denen man nie daran gedacht hat, dem qui dolo desiit possidere noch den qui liti se obtulit beizugesellen. Bd. I. S. 324. Note 17. fr. 68. §. 1. pro socio.

gewesen, und daß dieser Name ein ganz passender sei, kann man gerne zugeben [4]). Aber daß es Justinians Werk sei, wenn wir die **her. pet. poss.** in den Pandekten dem Gaius und Ulpian in den Mund gelegt finden, darüber können, glaube ich, vorurtheilsfreie Augen nicht zweifelhaft sein.

Es ist sonderbar, daß heutzutage, wo man so viel von Interpolationen der Compilatoren redet und vermuthet, man gerade hier, wo sie so völlig wahrscheinlich gemacht werden kann, sich so standhaft sie anzuerkennen weigert. Roßhirt trauert darüber, daß man den Justinian zum **falsarius** mache. Aber war es denn Justinians Absicht, eine Rechtsgeschichte zu publiciren, und war es sein Plan, etwa wegen der historischen Studien späterer Jahrhunderte die Fragmente der Juristen unverändert stehen zu lassen, so daß man allerdings den Rechtszustand früherer Zeiten, nicht aber das zu seiner Zeit Anwendbare daraus erkennen konnte? War es denn in der That Unrecht von Justinian, daß er, was erst in späterer Zeit sich gebildet hatte, und was aus dem Codex zu ersehen war, davon auch schon in den Pandekten Andeutungen gab, damit den Studirenden die Kenntniß davon nicht erst im fünften Jahre zukäme?

Wird doch kein Mensch es tadeln (ganz abgesehen von dem Titel **utrubi**), daß gleich durch die Ueberschrift des Titels **de legatis et fideicommissis** die Gleichstellung beider Lehren [5]) durch die: **de liberis et postumis** die Bestimmungen der **l. 4. C. de lib. praet.** angedeutet werden. Und so war es doch wahrlich der Mühe werth, gleich bei der **her. pet.** es hervorzuheben, daß diese jetzt auch dem **bon. possessor** zustehe. Diese Hervorhebung aber geschah nicht besser, als durch Aufstellung eines eigenen Titels [6]).

4) Fabricius lehnt sich gegen den Ausdruck possessorius auf, und meint auch in fr. 4. de Carb. ed. und fr. 50. § 2. de bon. libert. sei possessoriae actiones für fictitiae interpolirt. Dies paßt aber gar nicht, denn in jenen Stellen sind offenbar alle Klagen des bon. possessor, also auch das Int. quon. bon. gemeint.

5) fr. 1. de legat. I., wo Ulpian sagen soll „per omnia exaequata sunt legata fideicommissis"

6) Arndts meint, die Compilatoren würden sich dann wohl begnügt haben, die beiden Excerpte in den Titel de her. pet. einzuschieben. — Wie leicht konnte dadurch dieser wichtige Rechtssatz übersehen werden.

In diesem Titel stehen nun folgende zwei kurze Fragmente:

Ulpianus. l. XV. ad Ed. — Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas, rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est.

Gaius. l. VI. ad Ed. prov. — Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

„Hieraus geht, sagt Arndts, vorerst hervor, daß Gaius und Ulpian in Verbindung mit der **her. pet.** auch von der fraglichen Klage des **bon. poss.** gesprochen haben." Das ist es ja eben, was bezweifelt wird. Wir müßten also danach Alles in den Pandekten Stehende „vorerst" als historische Beweise gläubig annehmen. Wie weit weicht das von dem bekannten Hugoschen Prinzipe ab, an dessen Worte ich doch hier erinnern muß [7]):

„Die ergiebigste, aber auch unzuverlässigste Sammlung ist „die von Justinian, dessen Arbeiter so Vieles änderten, daß eine „geschichtliche Angabe, welche sich bloß auf eine einzelne Stelle „des Codex, oder auch auf Eine der Digesten gründet, eigent„lich gar keinen sicheren Beweis für sich hat."

Jene erste Stelle des Ulpian hat freilich keine Spur der Interpolation, aber sie beweist auch für die **her. pet. poss.** nur, weil sie unter diesem Titel steht, d. h. gar Nichts. Sie zeigt bloß, daß der Prätor gleich bei der **her. pet.** von den Rechtsmitteln des **b. possessor** Erwähnung that, und so auch die Römischen Juristen. Das aber würden wir von selbst vermuthen können, auch wenn es nirgends gesagt würde. Welches nun diese Rechtsmittel seien, das wird nicht erwähnt, darauf führt erst die Stelle des Gaius, und darin haben wir gerade eins jener **unica**, von denen Hugo spricht. Sie ist nicht etwa von der Art, daß sie ein so gefügiges Ganze bildet, wie manche andere, bei denen man den Compilatoren den Geist der klas-

7) Rechts-Gesch. S. 26.

sischen Jurisprudenz zutrauen müßte, wenn man sie für interpolirt halten wollte [8]). Gaius hat hier offenbar denselben Gedankengang wie Ulpian, er spricht hinter der **her. pet.** von den Rechtsmitteln des **bon. possessor**; er wird sie doch wohl wahrscheinlich Alle erwähnt haben, sowie ja auch Paulus bei der **her. pet.** vom **Int. quor. bon.** spricht [9]). Und wenn nun Gaius etwa bloß gesagt hat: **Per quas actiones** (denn darunter konnte er auch das Interdict mitbegreifen) **tantundem consequitur etc.**, so war es doch wahrlich kein Heldenstück, wenn die Compilatoren, um einen directen Zusammenhang wenigstens dieser Stelle mit der Titelüberschrift herauszubringen, dafür setzten: **per quam her. petitionem.** Und wenn die Juristen diese **her. pet.** gekannt hätten, so würden sie doch wohl etwas weiter z. B. ihr Verhältniß zum **Int. quor. bon.** besprochen haben, und wie sollten die Compilatoren dazu gekommen sein, dergleichen noch zu ihrer Zeit praktische Regeln wegzulassen, und sich statt dessen mit einer so dürftigen Stelle zu begnügen? —

Arndts argumentirt nun weiter gegen Fabricius, daß der Zusammenhang der Stellen mit Nothwendigkeit eine Universalklage voraussetze, welche dem **b. possessor** an dieser Stelle auch im Edicte zugesichert sei. Fabricius nämlich behauptet hier hinter der **her. pet.** sei nur von den **fictitiae actiones** (activ und passiv) des **bon. possessor** im Edikte die Rede gewesen. Arndts „will nicht läugnen," daß diese hier aufgeführt worden [10]), aber es müsse auch von einer Universalklage des

---

8) s. z. B. Bd. I. S. 348 zu Note 12.

9) fr. 2. quor. bon. (Paul. lib. XX. ad Ed.)

10) Er stellt es aber doch gleich wieder in Zweifel (S. 56), weil die fictitiae actiones eigentlich das Verhältniß der Erbfolge selbst beträfen, welche dem b. possessor durch das Prätorische Edict gewährt wird; also an einen anderen Ort gehörten, der in den Pandekten im 37. Buche excerpirt ist. — Aber es ist ja die Eigenthümlichkeit der Römer, daß sie die Klagen aus dem Erbrecht von der Frage über die subjective Erbberechtigung trennen; und so ist es ganz natürlich, daß der Prätor bei der her. pet. gleich erwähnt, daß er seine bonorum possessores praktisch auch den Erben gleich behandelt. Hierzu gehört aber nicht wesentlich das Int. quor. bon.

bon. possessor die Rede sein, denn diese sei doch unter den **civiles actiones heredibus propositae** gemeint, und nun werde vom **bon. possessor** gesagt, er solle **tantundem consequi.**

Erstlich daß dieser Ausdruck **civiles actiones hered. prop.** nur die Universalklagen des Erben bedeute, ist durchaus nicht nöthig; denn auch von den einzelnen auf den Erben übergehenden Klagen des Erblassers, ist und mußte bei der **her. pet.** die Rede sein [11]), und Ulpian kann sie vollkommen in jenen Worten mitgemeint haben. Freilich will ich gar nicht behaupten, daß nur aus diesem Grunde der Pluralis gerechtfertigt werden könne. Ulpian kann sich auch die Universalklage des Erben, wie Arndts mit Recht bemerkt, als **her. pet. ex asse** und **pro parte**, oder besser wohl als wahre **her. pet.** und als **querela inoff.** in der Mehrzahl gedacht haben.

Nichtsdestoweniger bleibt schon die Voraussetzung, daß hier unter den **actiones her. prop.** nur die Universalklagen gemeint seien, gänzlich unerwiesen, noch mehr aber nun die Schlußfolgerung, daß deßhalb auch von einer Universalklage des **bon. poss.** die Rede sein müsse. Ebenso wie Ulpian in den Fragmenten (s. die vorletzte Note), um das Wesen der **bon. poss.** als Universalsuccession zu bezeichnen [12]), lediglich die **fictitiae actiones** aufführt, so kann dies doch auch im Edict geschehen sein, und weiter sagt ja auch Ulpian in jenen Pandektenstellen Nichts, als daß der Prätor nach den Klagen für die **heredes** angebe, durch welche Rechtsmittel er die **bonorum possessores velut heredes facit**, d. h. sie

---

denn es kann Fälle geben, wo dies gar nicht vorkommt, wohl aber die fictitiae actiones. (s. Bd. I. 398). Gerade so stellt Ulpian **XXVIII.** 12. die Sache dar, der, um das Wesen der b. p., das **heredis loco constitui**, zu bezeichnen, auch nur die fictitiae actiones erwähnt.

11) fr. 19. §. 1. u. 3. de her. pet.

12) Arndts scheint die Idee vorgeschwebt zu haben, daß zum Begriff einer Universalsuccession auch nothwendig der einer Universalklage gehöre. Wie wenig aber daraus ein Bestehen der her. pet. poss. neben dem Int. quor. bon. gerechtfertigt werden kann, brauche ich nach meinen bisherigen Erörterungen wohl nicht weiter auseinanderzusetzen.

zu Universalsuccessoren macht. Wenn daraus mit Nothwendigkeit folgen soll, daß der **bon. possessor** auch eine Universalklage haben müsse, so folgt dann auch ebenso mit Nothwendigkeit, daß derselbe Ulpian in jener Stelle seiner Fragmente[13]) einen völligen Fehler mache, und auf einen ganz falschen Grund seinen Satz gestützt habe, daß der **b. p. heredis loco constituitur.**

Es ist sehr natürlich, daß wenn im Edict bloß von den **fictitiae actiones** die Rede war, gerade weil in ihnen das Wesen der Universalsuccession liegt, und weil man das **Int. quor. bon.** nicht aus der Gesammtlehre von den Interdicten trennen wollte, — die Commentatoren des Edicts hier auch schon des **Int. quor. bon.** kurz Erwähnung thaten, um gleich eine Uebersicht über alle Rechtsmittel des **bon. possessor** zu geben, und daraus den Schluß zu ziehn, daß der Letztere eben so geschützt war, als der **heres.** Diesen Gedanken drückt nun eben entschieden Gaius aus in jenen Worten: **tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.**

Man kann unter diesen **superiores civ. act.** durchaus mit Arndts, auch die **her. pet.** verstehen[14]) (also ebenso wie Ulpian die **civiles actiones heredibus propositae** nimmt),

---

13) Hi quibus ex successorio edicto b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur. — Arndts meint, es wäre unpassend, bei der her. pet. auch zugleich die Klagen zu erwähnen, die gegen den b. possessor angestellt werden. Aber Ulpian in fr. 1. de her. pet. poss sagt ja, der Prätor gebe an, in wie weit er den b. possessor velut heredem facit, also daß er ihn zum Universalsuccessor mache, und dazu gehört auch wesentlich die passive Seite. Gerade so stellt auch Ulpian die activen und passiven fict. act. in jenen Worten zusammen. Und was ist denn auch natürlicher! Durch die Zusammenstellung Beider war Alles gleich sehr einfach erklärt, durch eine Verweisung der passiven fict. act. an einen anderen Ort wären nur unnütze Weitläuftigkeiten hervorgerufen.

14) Auch das superiores mit Fabricius für interpolirt zu nehmen, ist kein Grund vorhanden.

aber daß nun die **her. pet. poss.** dem **b. possess.** zustehe, das kann aus Gaius Worten nur eben wieder durch Hinzuziehung der zweifelhaften Worte: **per quam hereditatis petitionem** gefolgert werden. Im Gegentheil, die Worte des Gaius: **tantundem consequitur** gewinnen erst nach unserer Auffassung eine vernünftige Stellung. Wenn er vorher gesagt hätte, die **her. pet.** werde als **utilis** oder **fictitia** dem **b. possessor** gegeben, so verstand sich der Satz, daß er nun auch ebenso viel (**tantundem**) damit erlange, so sehr von selbst, daß ein Römischer Jurist keine solche Trivialität hinzugesetzt haben würde. Das **tantundem consequi** deutet gerade auf Klagen, die eine andere juristische Fassung haben, mit denen aber dasselbe praktische Resultat erreicht wird, als durch die civilen Klagen des **heres.** —

Den „sprechendsten Beweis" will Arndts für die Richtigkeit seiner Ansicht in **fr. 1. de rei vind.** finden. Ulpian sagt hier: **post actiones, quae de universitate propositae sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis.** Also es sei hier von wahren Klagen **de universitate** die Rede. „Es könne also keinen Zweifel leiden," daß vorher nicht bloß von der **her. pet.** des **heres**, sondern auch des **bon. possessor** die Rede gewesen sein muß. Dieser Widerspruch mit dem, was Arndts eben vorher gesagt hat, ist auffallend. Vorher sucht er darzuthun, daß in **fr. 1. de her. pet. poss.** die **actiones heredibus propositae** nicht, wie Fabricius meint, von den Einzelklagen, sondern von mehren Universalklagen zu verstehen seien, und er führt selbst die **querela inoff.** und die eigentliche **her. pet.**, oder die **her. pet. ex asse** und **pro parte** an. Jetzt sollen diese auf einmal wieder zu einer einzigen werden, und der Pluralis in **fr. 1. de rei vind.** soll beweisen, daß außer dieser **her. pet.** noch von der des **bon. possessor** die Rede gewesen sein müsse!

§. 121. Die Argumentation im vorhergehenden §. ruht auf den beiden Sätzen, daß die **her. pet. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen weder aus einem praktischen Bedürfniß, noch aus den beiden Stellen des Titels **de her. pet. poss.** gerechtfertigt werden könne. Außerdem sind noch zwei Stellen an-

geführt worden [1]), aus denen ihr Bestehen hervorgehen soll, nämlich fr. 13. pr. de b. p. c. t. und fr. 3. §. 13. de Carb. ed. In ersterer ist allerdings vom **hereditatem petere** des **bon. possessor** die Rede. Allein, das ist die Frage, wie sollten die Römer es wohl ausdrücken, wenn sie ganz im Allgemeinen sagen wollten: „die Erbschaft einfordern"? Der angegebene Ausdruck bot sich, namentlich in Fällen, wo von einem dauernden Behalten der Erbschaft die Rede war (**b. p. cum re**), von selbst dar, ohne daß damit die technisch sogenannte **hereditatis petitio possessoria** gemeint wäre. Wer an die Art und Weise der Römischen Terminologie denkt [2]), dem wird es nicht im Geringsten bedenklich scheinen, hier das **hereditatem petere** in einem allgemeineren Sinn für Einforderung der Erbschaft zu nehmen, da ein anderer dies bedeutender Ausdruck den Römern nicht zu Gebote stand. Dies läßt sich mit Sicherheit aus l. 1. C. **quor. bon.** beweisen, welche die Gegner auch hätten anführen können, indem hier von einem **bon. possessor** der Ausdruck **hereditatem petiturus** gebraucht wird, und zwar von Septimius Severus, also noch ganz zur Zeit der klassischen Juristen. In dieser Stelle wird aber auch zugleich ein specielles Rechtsmittel angeführt, welches im Anfange mit dem allgemeinen Ausdruck **hereditatem petiturus** bezeichnet war, und dies ist das **Int. quor. bon.** [3]).

---

1) Die eine von Arndts, die andere von Mühlenbruch a. a. O. — Das fr. 3. § 13. de Carb. ed. fällt nach dem im §. 80. Note 17. Gesagten jedenfalls hinweg. Dagegen hätte man sich aber noch außer dem fr. 13. pr. cit. auf fr. 5. §. 1. de his, quae ut indign. berufen müssen.

2) Sonst müßte man auch sagen, wenn es z. B. heißt: servitus debetur, hier werde an einen Debitor gedacht. fr. 13. §. 2. fr. 23. §. 3. de serv. pr. rust.

3) S. übrigens die weitere Erklärung dieser Stelle. Bd. I. S. 389. — Daß das fr. 13. pr. cit. nicht zum Beweise einer dem c. t. b. possessor zustehenden her. pet. benutzt werden könne, geht auch namentlich noch aus Folgendem hervor. Wenn der Emancipirte, der c. t. agnoscirt, nicht conferiren will, so werden ihm, wie die Römer gewöhnlich sagen, die actiones benegirt. Dies ist aber identisch mit dem Ausdruck: transferenda ab eo est possessio; das könnte der

Danach kann denn auch das **fr. 13. de b. p. c. t.** (von Julian) nicht mit Arndts dazu gebraucht werden, um gerade dem Julian bei seiner neuen Redaction des Edicts die mit Rücksicht auf das s. g. **SC. Juventianum** vorgenommene Aufstellung der fraglichen Klage zuzuschreiben, — eine Behauptung, der auch übrigens keine weiteren Gründe hinzugefügt sind. —

Auf das Bestehen der **her. pet. poss.** will nun aber Arndts noch aus der Zusammenhaltung mit anderen ähnlichen Fällen schließen, nämlich aus der Universalsuccession des Fiscus und des Universalfideicommissars. Aber in Beziehung auf das Erstere führt er gerade selbst sehr richtig aus, daß darin keine Prätorische Succession zu finden sei [4]; es ist eine eigenthümliche gesetzliche Succession, von der es deßhalb gar nicht Wunder nehmen kann, daß hier auch ganz die civilrechtliche **her. pet.** eintrat, sowie daß umgekehrt von ihr auch wieder Rückwirkungen auf das Rechtsmittel des **heres** Statt fanden, wie das bei dem s. g. **SC. Juventianum** der Fall ist. Wie nun daraus folgen soll, daß es dem Prätor nicht erlaubt gewesen wäre, für seine Universalsuccessoren die Rechtsmittel in anderer Weise nach bestem Ermessen zu reguliren, vermag ich nicht einzusehen.

Dieser Unterschied zwischen Prätorischen Universalsuccessionen, und denen, welche man zu den civilrechtlichen rechnete, sieht man recht klar noch aus Folgendem. Die **bonorum sectio** und **venditio** war ein Prätorisches Institut, und durch Klagen geschützt, die ganz denen des **bonorum possessor** analog sind; namentlich findet sich, wenn der Staat verkauft, ein dem **Int. quor. bon.** ganz ähnliches **Int. sectorium** [5]. Nun wurde später dem Aerarium durch die Augusteischen Gesetze ein Recht auf die **bona vacantia etc.** gegeben, man ließ hier das

Jurist doch unmöglich sagen (fr. 2. §. 9. de collat.), wenn unter jenen actiones auch die petitorische Erbschaftsklage begriffen wurde.

4) a. a. O. S. 60. Note 105.

5) Gaius IV. 146. — Ganz der b. p. analog wird auch die addictio libertatis conservandae causa behandelt. fr. 4. §. 21. de fideic. libert.

Aerar als Universalsuccessor gelten [6]), und ebenso auch den, der die **bona** von ihm kaufte. Für diesen Käufer nun zeigt sich der Unterschied, denn da der Fiscus durch **leges** zum Universalsuccessor wird, so steht ihm die **hereditatis petitio** zu, und diese gilt denn auch als auf den Käufer übertragen, während für den **bonorum sector** ganz das bisherige Prätorische Recht bestehen bleibt, das freilich auch eine wahre Universalsuccession gewährt, aber mit formell anderen Rechtsmitteln [7]). Dies zeigt:

> **fr. 54. de her. pet. (Julianus). — Ei qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur.**

Arndts schreibt die Gewährung dieser **utilis her. pet.** auch erst dem Julian zu, während bisher dem Käufer nur das **sectorium Interd.** zugestanden habe. Und auf diese Weise sucht er jene mit der Entstehung der **her. pet. possess.** zu verbinden. Aber einen beweisenden Grund hierfür wüßte ich nicht, wogegen mir jene Argumentation, daß die **her. pet.** dem Fiscus in Folge der **lex Julia** gegeben und danach auch **utiliter** auf den Käufer übertragen wurde, sehr nahe zu liegen scheint [8]).

Auf gleicher Stufe mit dem Erbschaftskäufer vom Fiscus steht nun offenbar der des **SCtum Trebellianum**, wie wir dies sogleich aus jenem **fr. 54. cit.** ersehen, das folgendermaßen fortfährt:

> **quemadmodum is cui ex Trebelliano senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.**

Man kann dies freilich eine Prätorische Universalsuccession

6) Ich nehme dies nach v. Schröters Abhandlung (Zeitschr. für Civ. und Proc. X. Nr. 3.) als richtig an.

7) v. Schröter nimmt ebenfalls bereits an (S. 134.), daß beide Fälle von einander in den Rechtsmitteln zu trennen sind. Aehnlich auch Arndts S. 59. Note 101. — Entgegengesetzt sind Blume, Rhein. Mus. IV. S. 218. und Bethmann-Hollweg Handbuch I. S. 312.

8) Es dünkt mir sehr zweifelhaft, ob hier der Käufer auch das **Interd. sectorium** gehabt habe, was doch für ganz andere Fälle eingeführt worden war.

nennen [9]), denn im Prätorischen Edicte sind die Rechtsmittel des Fideicommissars regulirt worden, aber das **SCtum** war doch der Grund, daß der Fideicommissar als Universalsuccessor angesehen wurde, der Prätor konnte hier also nicht selbständig in der Aufstellung der Rechtsmittel verfahren, er durfte nur nach der Vorschrift des **SCtum** die Klagen in seinem Edicte normiren [10]). Deßhalb hat der Prätor hier nie daran gedacht, wie auch wohl in jenem Falle des Erbschaftsverkaufs ein **Interd. adipisc. possess.** zu geben. Aber da es durch Civilrecht vorgeschrieben ist, daß die Rechte des **heres** auf einen Anderen übergehen sollen, so muß darunter auch die **her. pet.** als **utilis** begriffen sein. Die Römischen Juristen reduciren dies entschieden, nicht auf den Prätor, weil dieser die **utiles act.** im Edicte proponirt habe, sondern direkt auf das **SCt.**, wodurch der Uebergang sämmtlicher Klagen vorgeschrieben sei (**ex quo actiones transeunt**) [11]).

Die **utiles actiones ex SCto** sind also, wenn auch äußerlich leicht mit den **fictitiae** des **bon. possessor** zu verwechseln, dennoch innerlich vollkommen davon verschieden. Durch jene soll ein Anderer an die Stelle des **heres** treten, deßhalb müssen die Klagen passiv gegen ihn gerade wie gegen den **heres** gegeben werden, umgekehrt muß er aber auch ganz die Klagen des **heres**, also nicht bloß die Einzelklagen, sondern auch die **her. pet.** als **utiles** haben. Ebenso ist es mit dem Käufer

9) fr. 2. §. 19. pro emtore. fr. 24. fam. herc.

10) Gaius II. 253. Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas, ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, (ei) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi; praetor enim utiles ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.

11) fr. 1. de fideic. her. pet. — Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his quibus restituta est hereditas. Nam quisquis susceperit restitutam hereditatem ex senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit.

der **bona vacantia**, der praktisch ganz an die Stelle des **fiscus** tritt, durch activ und passiv **utiles actiones**. Der **bonorum possessor** aber wird vom Prätor gar nicht an die Stelle des Universalsuccessor, sondern direkt an die des Verstorbenen gesetzt, er ist selbst **fictus heres**; also seine Rechtsmittel sind nicht, wie bei einer mittelbaren Universalsuccession, aus der Person des **heres** abgeleitet, sondern der **bon. possessor** ist selbst unmittelbarer Universalsuccessor. Deßhalb regulirt nun hier der Prätor seine Rechtsmittel selbständig, deßhalb stehen hier unter den activen **fictitiae actiones** nur die, welche schon der Erblasser anstellen konnte, nicht auch die **her. pet.**, welche ja kein Erblasser haben kann, sondern anstatt dieser wird ein selbständiges Rechtsmittel, das **Int. quor. bon.** gegeben.

Von der anderen Seite ist dies nun auch wieder völlig verschieden von der Art, wie der Fiscus **bona caduca** vindicirt. Sein Recht stützt sich auf eine **lex**, also er ist Civilerbe, und muß in Folge dessen die **her. pet.** haben. Nun ist es freilich sehr natürlich, daß die Römer auch in der Terminologie die Erben des alten Civilrechts noch genau von ihm trennen, sie begreifen ihn im Gegensatz von **heredes** unter dem allgemeinen Ausdruck: **justus successor** [12]). Aber eben so gut trennen sie ihn auch vom **bonorum possessor**. Alle Prätorischen Universalsuccessoren sind **fingirte heredes**, und dazu wird man den Fiscus doch nicht rechnen wollen. Er hat die **her. pet.** kraft civilen Rechts und nicht als mittelbarer Universalsuccessor, aber wenn auch die Römer ihn in strenger Terminologie den **heredes** entgegensetzen, und sie seine Klage nicht **her. pet.** nennen [12 a]), so bezeichnen sie sie doch an unzähligen Orten mit dem allgemeineren Namen **vindicatio**. Darin liegt gerade, daß die Klage nicht eine **utilis her. pet.** ist [13]),

---

12) Gai. III. 78. fr. 14. §. 17. de religios. fr. 20. §. 13. de her. pet.

12 a) Namentlich auch deßhalb, weil sie ein **extraordinarium judicium** vor Fiscalbeamten war.

13) So faßt es v. Schröter S. 137. und Arndts S. 60. auf. Zeitschrift f. Civ. u. Proc. XIX. S. 27. Note 3.

denn es kommt nie **utilis vindicatio** vor, sie hat ganz die praktische Bedeutung der **her. pet.**, nur will man gleich im Namen sie von dem Rechtsmittel der wahren **heredes** trennen, und auf das eigenthümliche Recht der **lex Jul.** und **Pap. Popp.** aufmerksam machen. Wir müssen also das civile Recht des Fiscus [14]) völlig von den Prätorischen Universalsuccessionen trennen, und können darin nicht irre werden, wenn die Antretung dieses Rechts des Fiscus in den Quellen Agnition genannt wird [15]), denn daß damit keine Agnition der **b. p.** gemeint sei, giebt auch v. Schröter zu. Und wenn sich v. Schröter noch auf die **b. p. quibus ex legibus** als ein Beispiel einer aus civiler Rechtsquelle hervorgegangenen Prätorischen Universalsuccession beruft, so ist dagegen zu bemerken, daß hier gerade nach Vorschrift des Gesetzes der civile Rechtssatz in die schon bestehende Prätorische Form gekleidet wird, und der Grund hievon eben nur die singuläre gesetzliche Bestimmung ist, daß aber daraus noch nicht folgt, der Prätor könne auch da, wo das Civilrecht lediglich eine Universalsuccession einführt, sich ihrer gleich bemächtigen und sie nach Belieben gestalten. Vielmehr muß er sie als Civilrecht anerkennen, und hat nur in Folge seiner Jurisdiction die Pflicht, die Klagen nach dem Sinne des Gesetzes, nicht aber wie wenn er selbst der Urheber des Rechtssatzes wäre, zu normiren.

Hiermit glaube ich bewiesen zu haben, daß für das Bestehen einer allgemeinen **her. pet. possessoria** zur Zeit der klassischen Juristen keine haltbaren Gründe und glaubhaften Quellenzeugnisse vorhanden sind. Ich habe nur noch Folgendes hinzuzufügen.

Das Wesen der **b. p.** ruht auf der Fiction des **heres-**

14) Und so auch der mancher anderer Personen, die im neueren Recht Erbansprüche bekamen. v. Schröter S. 94.

15) z. B. fr. 6. §. 3. ad SC. Treb. so auch hereditatem agnoscere, bona admittere fr. 4. §. 17. u. 19. de fideic. libert. — Uebrigens kommt das hereditatem agnoscere auch sonst vor. fr. 17. ex quib. caus. major. fr. 58. solut. matrim.

Seins, wenn es eine **her. pet. poss.** gegeben hätte, so müßte sie darauf von den Röm. Juristen gebaut worden sein. Nun aber scheint es mir völlig entscheidend, daß Beide, Gaius und Ulpian, in den ächten Werken, die wir von ihnen besitzen, gar Nichts von ihr erwähnen. Nicht etwa, weil sie überhaupt diese Lehren übergingen (denn dann wäre ihr Schweigen von keiner Beweiskraft), sondern gerade weil Beide das Grundwesen der **b. p.** entschieden in die Fiction stellen, — Ulpian (**XXVIII. 12.**) noch unzweideutiger als Gaius (**IV. 34.**), — weil sie eben aus diesem Grunde die dem **bon. possessor** zustehenden **fictitiae actiones** ableiten, und nun nicht allein die **her. pet.** nicht erwähnen, sondern es nach der Construction derselben völlig unmöglich ist, Letztere darunter zu begreifen. Der **b. possessor** soll so gestellt werden, als wenn er sich unmittelbar an den **defunctus** anschlösse, nun aber sagt Gaius:

> **neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum (esse, neque id quod defuncto de) bebatur potest intendere (dari sib) i oportere, itaque ficto se herede intendit;**

also die Fiction wird so eingerichtet, daß es praktisch doch so herauskommt, als wenn er die **intentio ex persona defuncti** hernehme, und daher muß man nothwendig zu Widersinn gelangen, wenn man die Formeln dieser Fictionen zur Construction einer **fictitia hereditatis petitio** gebrauchen will [16]), denn dies ist eine Klage, wobei man die **intentio** aus der Person des **heres** hernehmen müßte. Nun aber ist die **b. p.** ein Institut, bei dem man nicht sich den **heres** als vorhanden und den **bonorum possessor** von diesem sein Recht ableitend denkt,

---

16) s. Bd. I. S. 303. Note 5. — Die Fiction mußte, wenn man sich überhaupt die her. pet. poss. denkbar machen will, ganz objectiv gefaßt sein, „wenn der Prätor Civilrecht machen könnte" (**si Praetor b. possessione data heredem faceret**). Dergleichen werden wir freilich in einem besonderen Falle anzunehmen gezwungen (s. §. 122. Note 11.), es war bei der querela inoff. eine Nothwendigkeit, weil vor den Centumvirn durch legis actio, also mit einer in jus conc. formula processirt wurde; aber daß dies weiter ausgedehnt worden sei, dafür bestand weder eine Nothwendigkeit, noch finden wir davon in den Quellen irgend eine Andeutung.

sondern umgekehrt, man nimmt den **heres** als nicht vorhanden an, und gerade deßhalb stellt der Prätor kraft seines Imperiums einen Universalsuccessor auf. Darum kann er nun auch seinem **bonor. possessor** die Einforderung der **corpora hereditaria**, wozu dem **heres** die **her. pet.** dient, nur durch ein Rechtsmittel gewähren, das direkt auf dies **imperium** basirt ist, und gerade darum mußte es ein Interdict werden.

Dies däucht mich der innere Grund, wie er mit Nothwendigkeit aus allen Ecken der **b. p.** hervorleuchtet, und um dessentwillen es mir eine Unmöglichkeit scheint, an eine **her. pet. poss.** zu denken, so lange die Juristen da waren, um als sorgsame Wächter das Wesen des Instituts zu hüten. Es ist eigenthümlich, daß gerade Arndts dem nahe kommt, indem er eingesteht, daß so, wie die **fictitiae actiones**, die **her. pet. poss.** nicht concipirt sein konnte, während Fabricius [17]) seine ganze Ansicht gleich dadurch wieder über den Haufen wirft, daß er „gar nicht läugnen will, der **bon. possessor** habe vermöge der **fictitiae actiones** auch die **her. petitio, ficto se herede** anstellen können." Er weiß das nur so hinwegzuräumen, daß diese Fiction nicht nöthig war, indem er schon im Interdict eine ganz auf dasselbe gerichtete direkte Klage hätte. Da aber, wie wir gesehen haben, das Interdict durchaus nicht auf dasselbe gerichtet war, wie die **her. pet.**, so wäre damit gerade, nach Fabricius, das Bestehen der **her. pet. poss.** bewiesen.

§. 122. Ich schreite jetzt zu der positiven Untersuchung, woraus und wann dies fragliche Rechtsmittel entstanden sei? Ebenso wie sich z. B. für den Untergang des **ordo judiciorum** selbst schon lange vorher, zur Zeit der klassischen Juristen, die Keime auffinden lassen, so ist das auch vielleicht hier möglich?

In der That sind dergleichen Keime vorhanden, und den Römischen Juristen bekannt, ohne daß aber daraus auf das Bestehen der allgemeinen **her. pet. possessoria** geschlossen werden könnte. Auf den einen derselben macht schon Huschke aufmerksam.

---

17) Rhein. Mus. IV. S. 179.

Es war erſt durch den Prätor der Begriff aufgekommen, daß auch die bloße Cognation ein Recht auf das Vermögen des Verſtorbenen gewähre. Der Prätor hatte damit etwas hervorgerufen, was der Geiſt der Zeit gegen das Ende der Republik mit Lebhaftigkeit ergriff. Das alte Agnatenrecht paßte nicht mehr als alleiniges das Inteſtaterbrecht beherrſchendes Princip. Das alte Recht hatte kein Bedürfniß gehabt, den Aſcendenten ein beſonderes Erbrecht zu verleihen, denn entweder war das Kind in väterlicher Gewalt und hatte kein Vermögen, oder der Vater war todt und die Mutter beerbte ihr Kind, bei der in älterer Zeit durchaus vorherrſchenden Ehe mit **manus**, als **consanguinea**. Aber im Lauf der Zeiten, als die Emancipationen häufiger, die ſtrengen Ehen ſeltener wurden, kamen der Fälle immer mehr vor, wo das Kind weder Vater noch Mutter, und wieder Letztere nicht ihr Kind beerben konnten. Durch den Prätor wurden (abgeſehen von den beſonderen Rechten der Emancipirten) allgemein alle Deſcendenten und Aſcendenten (**parentes et liberi**) als Cognaten zur Erbſchaft gerufen, und überhaupt noch vor den übrigen Cognaten beſonders begünſtigt, wie namentlich durch die längere Agnitionsfriſt von einem Jahr, und durch das Recht auf die Legate bei der **c. t. b. p.** Letzteres hängt nun genau mit einem anderen Inſtitute zuſammen. Nachdem man einmal allgemein ein Inteſtaterbrecht der Cognaten auf die Erbſchaft anerkannt hatte, fand man es paſſend, dieſe gleichſam erſte Klaſſe der **parentes et liberi** noch beſonders zu bevorzugen, indem man ihr Inteſtaterbrecht als ein abſolutes, auch durch ein Teſtament des Erblaſſers nicht zu elidirendes m. a. W. als Notherbenrecht anerkannte. Dieſer Satz hat zur Grundlage die allgemeine Volksanſicht von den Pietätspflichten der nächſten Verwandten, das praktiſche Organ ſeiner Realiſirung wurde der Centumviralgerichtshof. Es iſt nach den Quellen klar, daß der Kreis der **parentes et liberi** das eigentliche Gebiet der **querela inoff. testamenti** iſt. Ueber die weiteren Gränzen mögen Meinungsverſchiedenheiten geweſen ſein, bis ſich die Praxis des Gerichtshofes auch noch für Zulaſſung der Geſchwiſter entſchied [1]).

1) fr. 1. de inoff. test. — Sciendum est, frequentes esse inoffi-

Jenes Edict des Prätors **de legatis praestandis** ist offenbar, wie oben schon bemerkt wurde, die Berücksichtigung dieses Notherbrechtes, indem nothwendig den nächsten Verwandten das bewahrt werden muß, ohne dessen Hinterlassung sie das Testament umstoßen könnten. Gerade die Beschränkung dieses Edictes auf die **par. et lib.** zeigt, daß darauf auch ursprünglich die **querela** beschränkt gewesen sein mag, oder wenigstens das Recht der Geschwister noch keine sichere Anerkennung erlangt hatte.

Das Rechtsmittel, womit nun dieses Notherbenrecht geltend gemacht wird, die **querela inoff. testamenti**, dient, so sehr man auch im Einzelnen über ihre juristische Gestalt verschiedener Ansicht ist, jedenfalls dazu, das Intestaterbrecht mittelst Rescission des Testamentes zur Anerkennung zu bringen. Dies Intestaterbrecht ist entweder civiles oder Prätorisches. Da jenes durch formlose **her. aditio** angetreten werden kann, so genügt es auch hier in gewisser Weise erklärt zu haben, daß man sein Notherbenrecht geltend machen wolle, um es als erworben und auf die Erben transmittirbar anzusehen. Ist es dagegen Prätorisches Intestaterbrecht, so muß es erst, wie jede **b. p.**, agnoscirt werden, damit die juristische Grundlage der **querela** feststehe [2]). Die Römer nennen dies die **bon. pos-**

---

ciosi querelas, **omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare.** Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinendi spem non habeant. — Die Beschränkung auf die agnatischen Geschwister kann nur eine Singularität der späteren Gesetzgebung sein, da das ganze Recht der querela so entschieden auf Cognation gebaut ist. Und in der angeführten Stelle liegt wenigstens (wenn nicht die Worte qui sunt ultra fratrem eine Interpolation sind), daß für die Geschwister die Querel keineswegs so entschieden feststand, wie für parentes et liberi.

2) fr. 6. pr. de inoff. test. — **Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore; sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere.**

sessio litis ordinandae gratia[3]), ein Ausdruck, den Fabricius ganz quellenwidrig für das gebraucht, was er für den Ursprung der **bon. poss.** hält.

Die Klage nun, welche dieser Begründung des Erbrechts folgt, kann durchaus, und dies wird heutzutage immer mehr anerkannt, eine **hereditatis petitio** nur mit eigenthümlicher Nüancirung (**ex causa inofficiosi testamenti**), genannt werden[4]). Bei einem Descendenten, der Civilintestaterbrecht hat, macht das auch gar keine Schwierigkeit[5]), er muß die **her. pet.**, die ja überhaupt auf Anerkennung des Erbrechts geht, ebensowohl gegen den bloßen Besitzer (**pro herede** und **pro possessore**), als gegen den anstellen können[6]), der sich als **scriptus heres** ein Recht auf die Erbschaft zuschreibt, ähnlich wie man die Klage auf Anerkennung des Eigenthums sowohl gegen den Besitzer (**rei vindicatio**), als gegen den ein materielles Recht an der Sache Behauptenden (**negatoria actio**) richtet. Deßhalb kann diese Klage auf Anerkennung des Erbrechts nur gegen den **scriptus heres** gedacht werden, ebenso wie die **negator. act.** nur gegen den ein dingliches Recht Behauptenden, aber freilich, wenn der Beklagte zugleich Besitzer der Sache ist, so kann in beiden Fällen der siegende Kläger

3) fr. 8. fr. eod.

4) l. 3. C. de her. pet. — Fabricius denkt sich die Formel der legis actio so (S. 149.): hoc testamentum inofficiosum et a furioso factum ajo.; wogegen Huschke (a. a. O. S. 24.) mit Recht bemerkt, daß keine legis actio in factum concipirt sein könne.

5) Huschke vermuthet die Formel: hanc ego hereditatem meam ex jure Quiritium esse ajo mit dem Zusatz ex causa inofficiosi testamenti. Nur möchte ich mich nicht darauf berufen, daß auch die rei vindicatio mit einer adjecta specialis causa habe angestellt werden können Abgesehen davon, daß dies bekanntlich sehr zweifelhaft ist, würde aus der Vergleichung nur folgen, daß man bei der her. pet. den Grund seines Erbrechts (Testament, Verwandtschaft) hätte hinzufügen müssen.

6) fr. 20. pr. de c. t. b. p. fr. 20. de inoff. — Qui de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem exercere. Ueber die Bedeutung des Ausdrucks querela bei den Römern s. Gneist Formelle Verträge S. 66. ff.

zugleich Herausgabe des Besitzes verlangen. Wo aber dies nicht der Fall ist, da wird gegen den Besitzer noch die wahre **her. pet.** angestellt, und die voraufgegangene **inoff. querela** erscheint dafür nur als ein Präjudicium [7]).

Dieses Rechtsmittel der **querela inoff. test.** wird nun auch dem, der sein Intestaterbrecht auf **b. p.** stützt, in ganz gleicher Weise gegeben. Es geht freilich aus dem Gesagten genügend hervor, daß daraus kein Schluß auf das allgemeine Bestehen der **her. pet. poss.** gemacht werden kann, denn ebenso wie die **rei vind.** und **negatoria act.** als zwei verschiedene Klagen behandelt werden, so sind auch diese **her. pet. contra scriptum heredem** und die **contra pro herede** und **pro possessore possessorem** noch genau zu trennen [8]), und es kann nicht von der einen auf die andere geschlossen werden. Aber gerade deßhalb kann man auch nicht meinen, daß vor den Centumvirn der **bon. possessor** sein **Int. quor. bon.** und seine **fictitiae actiones** mit besonderer Berufung auf die Inofficiosität angestellt habe. Er bedarf einer Gesammtklage zur Durchsetzung seines Intestaterbrechts gegen den **scriptus heres** [9]), welches hier als civiles fingirt wird, und welches in Folge dieser Fiction nun auch wirklich eine **in jus concepta actio** ist. Daher kommt es, daß die Römer nun auch in Fällen, wo nur ein **bonorum possessor** mit der Querel auftritt (z. B. ein Kind gegen seine Mutter), von einem **hereditatem petere**, ja (da dies nach dem §. 121. im Anfange Gesagten noch zweifelhaft ist) von einer **vindicatio hereditatis** sprechen [10]),

7) In dieser Hinsicht ist es durchaus richtig, mit Hugo auf die Stellung der querela inoff. vor der her. pet. aufmerksam zu machen.

8) Daraus rechtfertigt sich, was wir oben gesehen haben, daß die Römer von Beiden im Pluralis, nicht im Singularis sprechen konnten.

9) Aus dieser Behandlung der quer. inoff. als her. pet. ersieht man recht klar die Richtigkeit des Band I. S. 318 Gesagten, daß die Römischen Juristen das dogmatische Grundwesen der her. pet. als auf Anerkennung des Erbrechtes gerichtet auffaßten, daß es also nur eine historische Anomalie sein kann, wenn die gewöhnliche her. pet. nicht alle aus dem Erbrechte fließenden Befugnisse (nämlich nicht die dinglichen Einzelklagen) umfaßt.

10) In fr. 19. de inoff. kommt dieser Ausdruck dreimal vor.

was ohne eine **in jus concepta actio** nicht wohl denkbar wäre. Wie aber im Einzelnen dieſe Fiction gelautet haben möge, wage ich nicht zu beſtimmen [11]).

Außer dieſem Punkte laſſen ſich allenfalls noch an folgende Fälle einer dem **bon. possessor** zuſtehenden **her. pet.** ſchon zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten denken.

Einmal nämlich kann man fragen, ob nicht dieſelbe bei der ſingulären **bon. poss. quibus ex legibus** zugeſtanden worden ſei. Hier coincidirt nämlich wahrhaft Civil- und Prätoriſches Recht, und ſo wie wir oben (§. 117. Note 12.) ſahen, daß daraus nicht bloß die **b. p. ex legibus**, ſondern auch die **unde legitimi** agnoscirt werden durfte, ſo könnte man auch meinen, daß der **b. possessor** die Macht gehabt habe, ob er die prätoriſchen oder die civilen Rechtsmittel anſtellen wolle. Indeß bezweifle ich dies doch. Das Civilrecht hat ſich hier, namentlich um Prätoriſche Inſtitute fortzubilden, abſichtlich in die Prätoriſche Form gebannt, aber darin liegt denn auch, daß es die Prätoriſchen Regeln ſtillſchweigend vorausſetzt. So wird z. B. der **patrona** durch die **lex** ein gleiches Recht zugeſtanden, **quod patronus habet ex edicto** [12]), alſo muß ſie doch den Regeln der Agnition vor dem Prätor noch ebenſo unterworfen worden ſein, als der Patron ſelbſt, und ſo werden denn auch die Rechtsmittel für ſie keine anderen ſein können, als für jenen. —

Ein anderer Fall, auf den ich noch aufmerkſam machen muß, iſt ein höchſt eigenthümlicher. Wenn nämlich ein Freigelaſſener ſtirbt, ſo hat der Prätor eine Reihe von Klaſſen angeordnet, welche theils ganz denſelben Grund haben, als die für den Freigeborenen angeordnete Erbfolgeordnung, theils ſich

---

11) Huſchke vermuthet folgende Formel: si Praetor b. possessione ex edicto data heredem faceret, hanc ego hereditatem e. j. Q. meam ex causa inofficiosi testamenti esse ajo.

12) Ulp. XXIX. 6.

aus den besonderen Patronatischen Verhältnissen erklären [13]). Ich habe schon in der Einleitung des ersten Bandes bemerkt (S. XIX.), daß ich die weitere Entwicklung dieser Klassen vom vorliegenden Werke ganz ausschließen konnte, indem ihre Eigenthümlichkeit nur in den berechtigten Subjecten, nicht aber in dem Wesen und Begriff der **b. p.** liegt. Was wir daher von der Entstehung des ganzen Institutes, und von seinen Rechtsmitteln sagen, muß unverändert auch von der **b. p. liberti** gelten. Aber es kommt hiebei eben noch eine besondere Klasse vor, wodurch der Patron den ihm in eigenthümlicher Weise zustehenden Pflichttheil erlangt, die **b. p. dimidiae partis**, und diese interessirt uns hier [14]). Der Patron soll dafür, daß er dem Verstorbenen die Freiheit gewährt hatte, gewisse pecuniäre Vortheile erlangen können. Er darf dem Freigelassenen Dienste auflegen [15]), und sobald diese nicht geleistet sind, und auch der Patron nicht darauf verzichtet hat [16]), so würde es eine Undankbarkeit sein, wenn der Freigelassene nicht nach seinem Tode dem Patron einen Theil seines Vermögens hinterlassen wollte. Nur wenn er selbst erzeugte Kinder in seiner Gewalt hat, ist er davon frei, und der Patron hat dann nur die Klage auf die nicht geleisteten Dienste, gegen alle übrigen Erben des Freigelassenen aber steht ihm auch statt jener Klage die **b. p.** auf seinen Pflichttheil, die Hälfte des Vermögens, zu [17]), welche also theils als **contra tabulas**, theils **intestati b. p. contra suos non naturales**, sowie gegen alle ferneren Klassen erscheint. Die Römer nennen diesen Pflichttheil **pars debita**, und nun fragt es sich, wie sie die darauf gerichteten Rechtsmittel behandeln, und ob wir hier von den gewöhnlichen Klagen der **b. p.** sprechen können? In zwei Stellen nämlich wird die

13) Ulp. XXVIII. 7. §. 3. I. de b. p. — Göschen in Hugo's Civ. Mag. IV. Nr. 12. Unterholzner in d. Zeitschr. f. gesch. R. W. V. Nr. 2. Huschkes Studien I. Nr. 2.

14) Ulp. XXIX. 1. Gai. III. 40. 41. Tit. D. de bon. libert.

15) Abgesehen von bestimmten Ausnahmen fr. 47. de oper. libert. fr. 3. §. 4. de bon. lib.

16) fr. 37. pr. de bon. lib. fr. 41. 48. de oper. libert. fr. 47. §. 2. de bon. libert.

17) fr. 20. de jure patron.

Geltendmachung der **pars debita** durch **vindicare** bezeichnet [18]), und danach liegt die Schlußfolgerung sehr nahe, daß, da ja die **her. pet.** eine **vindicatio** ist [19]), damit die **hereditatis petitio possessoria** gemeint sei, die also doch wieder bei einem Fall der **b. p.** sich finde, und danach auch wohl für die übrigen Klassen angenommen werden müsse [20]).

Es lassen sich hiergegen verschiedene Antworten vorbringen, jedenfalls glaube ich nicht, daß dadurch das oben gewonnene Resultat über die Nichtexistenz der **her. pet. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen irgend geschwächt werde.

Einmal kann man sagen, daß in jenen beiden Stellen der Ausdruck **vindicare** uneigentlich gebraucht sei, ebenso wie auch die Worte **hereditatem petere** noch keineswegs das Vorhandensein der **hereditatis petitio** voraussetzen. Hierfür spricht noch, daß in jenen beiden Stellen gar nicht direkt von den Rechtsmitteln aus der **b. p.** die Rede ist, sondern die Frage entschieden wird, ob überhaupt hier die **b. p.** selbst zulässig ist; und eben dies bejahen die Juristen African und Javolen mit den Worten: er könne die **pars debita** vindiciren, was also nichts Anderes heiße, als er könne auf seinen Pflichttheil die **b. p.** agnosciren.

Diese Erklärung ist möglich, aber dennoch neige ich mich mehr zu einer anderen. Wenn auch hier mit **vindicare** nichts weiter ausgesprochen wird, als daß die **b. p.** agnoscirt werden dürfe, so kommt doch der Ausdruck, so viel ich weiß, nie bei der Erbittung einer gewöhnlichen **b. p.** in den klassischen Quellen vor, und er wäre auch bei Etwas, was so direkt auf der Prätorischen Machtvollkommenheit ruht, wie die **b. p.**, nicht sehr passend gewesen. In dem **vindicare** liegt doch immer die Hindeutung auf eine mehr dem Civilrecht angehörende Befugniß, und wenn wir ihn also bei der **b. p.** gebraucht finden, so müssen wir daraus wohl gerade auf eine ganz singulär ge-

---

18) fr. 26. de bon. libert.: „posse patronum partem debitam vindicare.“ — fr. 36. eod. „auferrique patrono, quod modicum vindicaturus est.“ (fr. 28. de legat. II.)

19) Gai. IV. 17.

20) Bisher freilich hat Niemand diese Schlußfolgerung aufgestellt.

eigenschaftete **bon. possessio** schließen. Und so ist auch in der That da, wo wir den Ausdruck noch einmal finden (s. Note 10.), ein ganz eigenthümlicher Fall, nämlich die Anstellung der **querela inoff.**, vorhanden. Ebenso sind nun hier bei der **b. p.** des Patrons auf den Pflichttheil der Andeutungen genug, daß wir etwas ganz Singuläres vor uns haben, bei dem sich der Ausdruck **vindicare** recht gut gebrauchen ließ, ohne daß wir daraus für die übrige **b. p.** Schlüsse ziehen dürften.

Es fällt nämlich gleich in die Augen, daß die Römer den mit dieser **b. p.** zu fordernden Pflichttheil ganz unter dieselben Regeln stellen, wie den, der zur Ausschließung der **querela inoff.** hinterlassen werden muß. Er wird vom Todestage berechnet [21]), es werden nicht bloß die Bedenkungen im Testamente, sondern auch die **mortis causa donationes**, ausnahmsweise auch die Schenkungen, darauf angerechnet [22]), es dürfen diese Dispositionen nicht auf Zeit und Bedingung gestellt sein [23]), eine Anerkennung dieser Dispositionen vernichtet das Notherbenrecht [24]), und endlich dieses Notherbenrecht wird erst deferirt, wenn der, gegen den es gerichtet ist, die **hereditatis aditio**, oder die Agnition der **b. p.** vorgenommen hat [25]). Der Unterschied ist nur, daß bei der **quer. inoff.** ein Theil des Intestattheils zu deren Ausschließung genügt, während dem Patron das Ganze, was er mit der **b. p.** fordert, auch hinterlassen sein muß. Im Uebrigen ist aber auch die Terminologie ganz dieselbe, indem mit der **querela** ebenso die **pars debita (ab intestato)** eingefordert wird, wie auch der Gegenstand dieser **b. p.** auf eine **pars debita** geht. Und ebenso wie dort jener Theil **legitima portio** genannt wird, so wird auch hier die **b. p.** ein **legitimum auxilium** genannt [26]).

Hiernach hat also die **contra tab. b. p.** des Patrons, mit der der Kinder gegen das Testament ihres Vaters eben nur

21) fr. 3. §. 20. de bon. libert. (l. 6. C. de inoff.)
22) fr. 3. §. 10. § 15 — 18. de bon. libert. (fr. 8. §. 6. fr. 25. pr. de inoff. test.)
23) fr. 21. §. 1. u. 2. de jure patron. (l. 32. C. de inoff.)
24) fr. 6. §. 4. de bon. libert. (fr. 31. §. 3. u. 4. de inoff.)
25) fr. 3. §. 5. u. 12. de bon. libert. (fr. 8. §. 10. de inoff.)
26) fr. 8. §. 1. de bon. libert.

den Namen gemein [27]), ihrer materiellen Bedeutung nach dagegen ſteht ſie durchaus mit der **querela inofficiosi** auf einer Stufe. Was iſt daher natürlicher, da die Letztere eine **vindicatio** iſt, ja ſogar noch ſo genannt wird, wenn ſie auch nur auf der **bon. poss. litis ordinandae gratia** ruht, — daß man nun auch die **b. p.** des Patrons eine Vindicirung der **pars debita** nennt. Damit ſoll alſo nicht, was vorzüglich hervorzuheben iſt, angedeutet werden, daß aus dieſer **b. p.** eigenthümliche Rechtsmittel, etwa eine **her. pet. possessoria**, hervorgingen, ſondern die Agnition der **b. p.** ſelbſt wird eine Vindication genannt, weil, obgleich ſie ja überhaupt gar keine Klage iſt, die materielle Gleichheit dieſes Rechtsmittels mit der **querela** die Römer ſehr natürlich auch veranlaßte, die Terminologie dieſer Letzteren auf jene zu übertragen. Damit iſt nun alſo auch gar nicht unvereinbar, daß die juriſtiſche Conſtruction der aus dieſer **b. p.** folgenden Klagen ganz dieſelbe war, wie bei jeder anderen **b. p.**, wie dies denn auch in den Quellen angedeutet zu werden ſcheint [28]), namentlich in Beziehung auf zu belangende dritte Perſonen, während allerdings zwiſchen dem Patron und dem anderen Erben, der durch Jenen verliert, noch möglicher Weiſe eine eigenthümliche Klage vorkommen konnte [29]), die, wie z. B. die **actio fideicommissi** dazu dient, das mehr mittelbare Erbrecht des Patrons überhaupt erſt nach ſeiner Quote gerichtlich feſtzuſtellen, und die die Römer nach Analogie der **societatis actio** behandelt zu haben ſcheinen, an deren Stelle ja überhaupt dies Pflichttheilsrecht des Patrons getreten war [30]).

---

27) ſ. auch **fr. 4. pr. de b. p. c. t.**

28) **fr. 50. §. 2. de bon. libert.** — „Sed numquid Praetor ei denegare possessorias actiones debeat," — **fr. 16. §. 5. eod.** „denegari ei debere actiones."

29) **fr. 10. pr. eod.** — Si ex patronis alicui satisfactum non erit, ita ut alii amplius sua portione ex bonis liberti relinquatur, ei cui satisfactum non erit, ita actio dabitur, ut ejus portio suppleatur ex eo quod extraneo heredi et quod patrono supra suam portionum relictum est.

30) **fr. 1. §. 1. u. 2. de bon. libert.** — Et quidem prius Praetor Rutilius edixit: se amplius non daturum patrono, quam ope-

§. 123. Nach der bisherigen Darstellung ist also doch nur Ein Fall vorhanden, in welchem man allerdings zur Zeit der klassischen Juristen eine **her. pet. possessoria** anzunehmen hat. Ein zweiter ist dem nun noch beizufügen.

In den Provinzen nämlich wurde die Handhabung des Erbrechts von Seiten des Statthalters in die Rechtsform der **b. p.** gekleidet [1]). In Rom tritt der Prätor mit seinem Institute zur Ausbildung und Verbesserung des Civilerbrechtes auf, und er nennt seine Erben, weil er sie nicht zu **heredes** machen kann, doch wenigstens **hereditatis possessores**, da sie die factische vom Prätorischen **imperium** aufrecht erhaltene Macht eines **heres** haben. In den Provinzen nun kann kein Peregrine **heres** werden, was war also natürlicher, als daß man hier das Institut anwandte, das schon in Rom für den Fall bestand, wo kein **heres** sich zeigte, während in den Provinzen gar kein **heres** vorhanden sein konnte. Durch den Proconsul wurde er nun **loco heredis** constituirt, d. h. es war hiermit das Erbrecht der Provinzialen, das doch die Römer nothwendig anerkennen mußten, in eine ihnen geläufige Rechtsform gebracht. Freilich stand es in der Macht jedes Proconsuls ein Edict darüber zu erlassen oder nicht, aber auch in letzterem Falle lag die Subsumtion unter den Begriff der **b. p.** so nahe, daß auch ohne ein Edict die Erbschaften der Provinzialen danach regulirt sein werden. Aber dergleichen ist, wie Cicero mit Recht sagt, nicht gut ohne eine vorher bestimmte Regel abzumachen, und so werden gewiß die meisten Provinzialstatthalter, sowie vorzüglich der **praetor peregrinus** für die

---

rarum et societatis actionem. — Posteriores Praetores certae partis bonorum possessionem pollicebantur. Videlicet enim imago societatis induxit ejusdem partis praestationem, ut quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret.

1) Cic. ad. Att. VI. 1. §. 12. — „duobus generibus edicendum putavi: quorum unum est provinciale, in quo est de rationibus civitatum . . . . . alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis vendendis; quae ex edicto et postulari et fieri solent.

in Rom lebenden Peregrinen es an einem Edicte **de hereditatum possessionibus** nicht haben fehlen laſſen. Allerdings aber kann darin doch wieder nicht daſſelbe geſtanden haben, als im Edict des **praetor urbanus**. Letzteres, da es zur Ausbildung des Civilrechts diente, hing auch ſo genau mit civilrechtlichen Sätzen zuſammen, und ſtützte ſich oft ſo weſentlich darauf, daß eine Uebertragung auf Peregrinen unmöglich war. So mußte, wie Hugo hiebei bemerkt [2]), bei der **secundum tabulas b. p.** bewieſen werden, daß der Teſtator als **civis romanus** geſtorben ſei, und ſo wurde ja auch die Vorſchrift der Obſignation der Teſtamente auf das Civilrecht reducirt [3]). Von einer Klaſſe des **suus**, der Agnaten und Gentilen konnte überhaupt bei Peregrinen nicht die Rede ſein [4]), und auch die Klaſſe **unde vir et uxor** bezieht ſich nach dem Edict des **Praetor urbanus** nur auf **justa matrimonia** [5]). Es verſteht ſich alſo von ſelbſt, daß auf Peregrinen nur übertragen werden konnte, was überhaupt für ſie paßte; und ſo werden die einzelnen Klaſſen, ſowie die Regeln über Errichtung der Teſtamente, meiſt dem Gewohnheitsrechte der verſchiedenen Diſtricte entſprochen haben, während man, wo dies nicht entgegenſtand, alſo namentlich auch für die Peregrinen in Rom, analog die Grundſätze über Errichtung der Teſtamente, und über das Erbrecht der **liberi**, **cognati** und Ehegatten angewandt haben wird.

Zu dem, was bei den Peregrinen nicht ſo direkt anzuwenden war, ſcheint mir nun auch namentlich die Conſtruction der aus der **b. p.** folgenden Rechtsmittel zu gehören. Die **fictitiae actiones** konnten jedenfalls nicht in der Weiſe vorkommen, wie ſie **Gaius IV. 34.** mittheilt:

> **si A. A. Lucii Titii heres esset — tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret, oder tum si paret N. N. A. A. sestertium decem millia dare oportere.**

---

2) R. G. S. 554. Note 5.
3) ſ. Bd. I. S. 159.
4) Gai. I. 55.
5) fr. un. pr. unde vir et uxor.

Denn hier wird doch immer vorausgesetzt, daß der **A. A.** seiner Persönlichkeit nach **heres** werden kann, und es nur in diesem Falle nicht ist. Vielmehr hätte hier, sollte die Formel überhaupt brauchbar sein, die Fiction verdoppelt werden müssen, indem der Peregrine zuerst als **civis Romanus** zu fingiren war:

si A. A. civis Romanus et Lucii Titii heres esset, tum etc.

wie allerdings derartige Fictionen bei den Römern vorgekommen sind [6]). Allein wenn auch in dieser Weise die Formel wenigstens denkbar wäre, so würde doch in der Annahme, daß sie wirklich so vorgekommen sei, eine, wie mir scheint, völlige Verkennung der Römischen Zustände liegen. Die Beispiele, welche Gaius von der Fiction **si civis Romanus esset** anführt, sind Pönalklagen (**actio furti, legis Aquiliae**), und hier ist es freilich sehr natürlich, daß ein delinquirender Peregrine nicht ungestraft bleiben darf, da wo ein Römer der Strafe unterliegt, woraus denn in Folge der nothwendigen Gleichheit des Rechts auch folgt, daß der Peregrine aus einem solchen Delict des Römers muß klagen können. Aber es scheint mir sehr unwahrscheinlich, daß diese Fiction noch über das Gebiet der Pönalklagen von den Römern benutzt worden wäre. Wo sollte nun die Gränze sein, daß nicht am Ende die Peregrinen sich des ganzen Civilrechts bemächtigt hätten? Woher sollen sich die vielen einzelnen **leges** und **SCta** erklären, wonach eine für **cives** berechnete Bestimmung erst ganz besonders auf die Provinzen übertragen werden mußte? Und wenn hier bei der **b. p.** die Peregrinen als **cives** angenommen worden wären, so müßten sie dann überhaupt allen ihren Regeln unterworfen worden sein, was doch entschieden nicht der Fall ist. Die Römer waren gar nicht gemeint, alle in den Provinzen geltenden Rechtssätze unter Römische Formen zu zwängen. Sie lassen dieselben entweder, wie wir aus so vielen Stellen des Gaius sehen, ganz selbständig bestehen, oder wo im Römischen Recht sich ein Institut findet, dessen freiere Gestalt Aehnlichkeit mit dem Peregrinenrechte darbietet, da stellen sie es auch wohl mit

6) Gai. IV. 37.

unter dieſen Geſichtspunkt, ohne es deßhalb ganz in dem Römiſchen Inſtitute aufgehen zu laſſen. So hat das Eigenthum der Peregrinen Aehnlichkeit mit dem Römiſchen **in bonis**, aber es wird doch wieder gleich dadurch zu einem ganz anderen, daß jenes: **unum dominium** iſt, während dieſes auf der **divisio dominii** beruht [7]). So iſt auch der **bon. possessor** bei den Peregrinen gar Keiner, den noch wieder ein **heres** vertreiben könnte, und deßhalb brauchten ſeine Rechtsmittel auch nicht ſo conſtruirt zu ſein, wie dies in Rom nöthig war. Man brauchte und wollte gar nicht den Peregrinen in die Stelle eines civilrechtlichen **heres** hineinfingiren, und deßhalb fielen die **fictitiae actiones** hinweg, und man wollte auch gar nicht dem Peregrinen einen nur interimiſtiſchen Beſitz der Erbſchaft bis zum Auftreten des **heres** gewähren, und deßhalb war wieder das bloß **possessionis quaestionem** enthaltende **Int. quor. bon.** unpaſſend.

Hiernach ſcheint es mir durchaus wahrſcheinlich, obgleich ich es direct aus den Quellen nicht beweiſen kann, daß man, da der Peregrine doch von vorn herein als definitiver Erbe anerkannt werden ſollte, ihm auch die den civilen Erbrechtsklagen analogen Rechtsmittel, alſo namentlich die **her. petitio** gewährte, womit er die Anerkennung ſeines Erbrechtes durchſetzen konnte. Ob man dabei an den hiſtoriſchen Singularitäten der Römiſchen **her. pet.**, alſo an der Ausſchließung der Einzelvindicationen von dieſer Klage, haften blieb oder nicht, wage ich natürlich nicht zu entſcheiden. Man könnte nun aber jedenfalls dieſes hier vermuthete Rechtsmittel eine **her. petitio possessoria** nennen.

§. 124. Wir haben in einer weitläuftigeren Entwicklung auf die Punkte eingehen müſſen, worin zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten von einer **poss. her. pet.** die Rede ſein kann. Daß es Fälle ſind, die das Gepräge der Singularität auf der Stirn tragen, und keinen Rückſchluß auf das geſammte Syſtem der der **b. p.** zulaſſen, daß dadurch alſo unſere obigen dies letztere betreffenden Argumentationen nicht afficirt werden, dies wird

7) ſ. Bd. I. S. 277.

hoffentlich unsere ganze Darstellung gezeigt haben. Erst jetzt, nach Beendigung dieser Vorfragen können wir dem Orte zuschreiten, wo in der That die Entstehung der **her. pet. poss.** als eines allgemeinen Rechtsmittels der **bon. poss.** zu finden ist. Ich glaube, wie ich schon oben bemerkte, daß dieselbe aus dem Untergange des **ordo judiciorum** hervorgegangen, also um die Zeit des Diocletian zu setzen sei. Dieser Kaiser hob im Jahr **294** die Uebertragung des Verfahrens an den **judex** auf, indem jetzt die **praesides** regelmäßig die ganze Sache selbst zu verhandeln hatten [1]). Dadurch wurde keineswegs, wie schon oben bemerkt ist, die materielle Natur aller Klagen verändert, wohl aber mußte da, wo sich verschiedene Rechtsmittel bisher vorzüglich in Folge ihrer processualischen Gestalt unterschieden hatten, mehr oder minder eine Verschmelzung eintreten. Daß dies gerade bei den Klagen aus der **bon. poss.** der Fall ist, scheint mir zu erweisen nicht schwer zu sein.

Die **b. p.** hat in der späteren Kaiserzeit eine wesentlich andere Gestalt angenommen, als sie unter den klassischen Juristen darbietet. Die Untersuchungen der folgenden drei Kapitel dieses Buches werden tiefer darauf eingehen, wie wir uns diese Verschmelzung eigentlich zu denken haben. Zur Entscheidung der Frage, die uns hier beschäftigt, sind sie noch gar nicht nöthig. Es genügt eine rein äußerliche, noch sehr oberflächliche Anschauung der Sache, um den Punkt, den wir jetzt vor Augen haben, zu erreichen.

Die **b. p.** war gegen Diocletian hin der Inbegriff des gesammten ausgebildeten Erbrechts geworden. Sie umfaßte neben dem Neuen, was der Prätor eingeführt hatte, auch sämmtliche civilrechtliche Klassen, die sich noch erhalten hatten; aber diese waren im Verhältniß zu Jenem bei weitem das Geringere, viel seltener Vorkommende. Abgesehen von den Testamenten bestanden aus dem Civilrecht nur die Klassen der **sui**, und der übrigen **legitimi**, das weite Feld der Cognatensuccession gehörte rein dem Prätorischen Rechte an, und auch innerhalb der civilrechtlichen Klassen war die **b. p.** so vielfach das einzige Successionsmittel, weil das Civilrecht die **graduum**

1) Puchta Curs. der Instit. II. S. 236.

und **ordinum successio** nicht kannte. Zur Zeit der klassischen Juristen hielt man nun freilich den Begriff immer fest, daß die **b. p.** an und für sich nur etwas Interimistisches sei, daß sie **sine re** werden könne. Aber es leuchtet doch ein, daß im Ganzen die Fälle der **b. p. sine re** *weit seltener* vorkamen, als die der **cum re**. Wenn ein Civilerbe vorhanden war, so pflegte er wegen der Vortheile des **Int. quor. bon.** wohl meist selbst **b. p.** zu erbitten. Es kamen aber überhaupt viele Fälle vor, wo ein Civilerbe gar nicht vorhanden war, also einer folgenden sich bloß auf das Prätorische Recht stützenden Klasse dauernd das Vermögen verblieb.

In diesem Zustande tritt nun die **b. p.** in die Zeiten ein, wo die lebendige scharfe Rechtskenntniß verschwindet. Was war natürlicher, als daß die Anschauung sich jetzt auf das vorzüglich richtet, was am häufigsten im Leben zur Erscheinung kam, und daß man danach den allgemeinen Begriff des Institutes sich construirte? Die Römischen Juristen hatten, wegen der wenn auch selteneren Fälle der **b. p. sine re**, noch immer den alten Begriff festgehalten, daß sie nur eine **possessio**, eine *Ausübung* des Erbrechtes sei. Nichts hinderte es aber, daß man, als die juristische Consequenz und das Festhalten an althergebrachten Begriffen in den Schatten trat, gerade die umgekehrte Auffassung an die Stelle setzte. Die **b. p.** war in den meisten Fällen **cum re**, warum sollte man sie also nicht auch als einen Complex von Rechtsregeln auffassen können, wodurch man *dauernd* die Erbschaft erhält; warum sie nicht, statt einer bloßen Ausübung des Erbrechts, ein Erbrecht selbst nennen können?

Die Fälle der **b. p. sine re** ließen sich unbedenklich als singuläre Ausnahmen auffassen, in denen der **b. possessor** als ein Unberechtigter erschien, der ungefähr wie jeder andere eigenmächtige, im guten Glauben befindliche Erbschaftsbesitzer behandelt werden konnte.

Wir haben es also als natürliche Folge der verschwindenden scharfen Jurisprudenz anzusehen, daß man sich den Begriff der **b. p.** nach der Gestalt bildete, in der sie am häufigsten vorkam, daß man sie, abgesehen von den anfangs noch fortbe-

stehenden Ausnahmen der **b. p. sine re** [2]), als ein eben so definitives Erbrecht sich dachte, wie es das Civilrecht gewährte. Diese Anschauung mußte sich ganz von selbst entwickeln, es liegt darin an und für sich noch keine Umgestaltung der **b. p.**, es ist bloß die Betrachtung des Institutes von einem anderen Gesichtspunkte aus. Sie ist also auch nirgends durch ein Kaisergesetz angeordnet worden, wir erkennen sie nur aus gelegentlich vorkommenden Aeußerungen. So z. B. zeigt sie sich in einem Rescripte Diocletians vom Jahr 286. (**l. 1. C. unde liberi**):

> **Si avus tuus relictis tribus emancipatis filiis decesserit, hique bonorum possessionem unde liberi acceperint, pro rata portione heredes eos exstitisse palam est.**

Die Entscheidung des Kaisers ist ganz ebenso, wie sie auch ein früherer Jurist gegeben haben würde, aber die Ausdrucksweise ist anders. Dieser hätte etwa gesagt: **pro rata portione rem habituros, qui bonorum possessionem acceperunt** [3]), während der Kaiser direct sagt, die drei Emancipirten seien zu gleichen Theilen **heredes**. Weil ihnen die **b. p.** ebenso definitives Erbrecht gewährte, wie die **hereditas**, so schien es unnöthig, dies Wort noch immer ängstlich für die Civilerben festzuhalten. Freilich aber mußte diese veränderte Anschauung, so wenig sie in sich selbst eine Rechtsänderung ist, doch leicht bedeutende Umgestaltungen zur Folge haben. Paßte es wohl jetzt noch, daß, wenn ein solcher definitiver Erbe die **corpora hereditaria** einforderte, in dem Processe nach den Regeln des **Int. quor. bon.** nur **de possessione** die Rede sein sollte [4])? Paßten

---

2) Wir werden alsbald sehen, daß noch andere Gründe hinzutraten, welche diese **b. p. sine re** überhaupt vertilgten.

3) **fr. 1. §. 8. si tab. test. null.**

4) Wir haben im zweiten Buche bereits hervorgehoben, daß es schon zur Zeit der klassischen Juristen einzelne Fälle der b. p. gab, die der Prätor lediglich aus dem Zwecke aufgestellt hatte, daß sie entweder allgemein (c. t.) oder unter gewissen Voraussetzungen **cum re** sein sollten (**unde liberi** und die **b. p.** aus vitiösen Testamenten). Hier hatten denn auch schon die Rechtsmittel des b. possessor eine andere practische Bedeutung, als was ihre eigentliche juristische

noch die alten **fictitiae actiones** in ihrer bisherigen Form: **si heres esset**, während doch der damaligen Zeit mehr die directe Aſſertion: **quum heredis loco sit**, oder (nach den Worten unſerer Diocletianſchen Stelle zu ſprechen) geradezu: **quum heres sit** angemeſſen war?

So lange noch beſondere **formulae** concipirt wurden, blieb man allerdings an den alten Klagarten hängen, aber Niemand konnte die fortſchreitende Zeit hindern, der alten Form ein anderes Weſen beizulegen, und in den Prätoriſchen Klagen dieſelbe innere Bedeutung zu finden, welche die **her. petitio** und die Einzelvindicationen für den Civilerben hatten.

Als daher unter Diocletian die **judices**, und damit die formellen Conceptionen der Klagen hinwegfielen, da mußte von ſelbſt zuſammenbrechen, was ſich ſchon vorher nur noch formell, nicht mehr dem Weſen nach geſchieden hatte. Man mußte, da die Durchſetzung der **b. p.** ein eben ſo definitives Erbrecht gewährte als die **hereditas**, auch den darauf vor dem Beamten gerichteten Klagantrag in beiden Fällen als ganz gleichartig anſehen. Und da als die Klage zur Durchſetzung des Rechts eines **heres** vorzugsweiſe die **her. pet.** erſcheint, wenn ſie auch nicht Alles wahrhaft umfaßt [5]), ſo kann es uns nicht wundern, wenn man auch den Antrag des **b. possessor** auf Schutz in ſeinem

---

Conſtruction mit ſich brachte. Und was damals bereits bei dieſen einzelnen Fällen eintrat, mußte ſich nun nach und nach auf das ganze Syſtem der b. p. erſtrecken. — Es iſt aber wohl zu bemerken, daß gerade von einem ſolchen Falle, der ſchon als Ausnahme von der Grundidee des Interdicts erſcheint (nämlich bei der **b. p.** aus einem vitiöſen Teſtamente ſ. §. 107. Note 4.), Papinian die Klage des b. possessor zur Geltendmachung ſeines Rechts mit den Worten bezeichnet: **si possessionem petat.** Alſo er ſpricht vom **Int. quor. bon.** und nicht von der **her. pet. poss.**, und wahrlich wenn letztere damals beſtanden hätte, ſo hätte doch Papinian von ihr da reden müſſen, wo er ausdrücklich die **doli exc.** des **heres** zuläßt.

5) Die Abſonderung der Einzelvindicationen von der her. pet. erkennt auch noch Diocletian in l. 7. C. de her. pet vollkommen an, woran er den Satz knüpft, daß wohl gegen jene, nicht aber gegen dieſe eine **usucapio** oder **longi temporis praescr.** gerichtet werden könne. ſ. auch l. 4. C. in quib. causis cessat longi temp. pr.

Recht jetzt ebenso als **hereditatis petitio** bezeichnet, wie ihn Diocletian selbst **heres** nennt.

Also in der veränderten Anschauung der **b. p.** liegt die Entstehung der allgemeinen **her. pet. possessoria**, und deßhalb gerade kann zur Zeit der klassischen Juristen, weil hier das Institut noch dem älteren Begriffe unterworfen war, von derselben nicht die Rede sein. Dies Resultat in Beziehung auf die Entstehungszeit wird vielleicht Mancher von vorn herein eher zugeben, aber den Entstehungsgrund in etwas Anderem suchen wollen.

Es habe dem **bon. possessor** an einer wahren Universalklage gefehlt, indem das **Int. quor. bon.** ein viel engeres Rechtsmittel gewesen sei, als die **her. pet.**, und eben deßhalb habe, wenn eine völlige Gleichheit der **bon. poss.** mit der **hereditas** erlangt werden sollte, nothwendig eine Uebertragung der **her. pet.** auf die **b. p.** stattfinden müssen. — Aber eine Widerlegung dieser Auffassung liegt, glaube ich, schon genügend in der bisherigen Darstellung der aus **b. p.** und **hereditas** hervorgehenden Rechtsmittel. Das **Int. quor. bon.** ist auch eine Universalklage, gerade soweit als dergleichen bei der Durchsetzung des Erbrechtes practisches Bedürfniß ist. Daß der Prätor davon die Einzelklagen absondert, ist etwas durchaus Passendes, und daß man zu der Einforderung der **corpora hereditaria** noch die persönlichen Einzelklagen aus wirklich practischem Nutzen hinzufügen müsse, das würde, scheint mir, eine den Römern ganz unverständliche Anforderung gewesen sein.

Ferner aber, wenn man die Entstehung der **her. pet. possessoria** aus diesem Grunde rechtfertigen will, so erscheint die Ausgleichung des Begriffs von **b. p.** und **hereditas** als Zweck, die Aufstellung jener Klage als Mittel, und alsdann müßten wir diese nothwendig als ein einzelnes Factum entweder aus einer eigenen Prätorischen Bestimmung oder einem besonderen Kaisergesetz ableiten. Eine derartige Constitution aber ist nirgends zu finden, und wäre sie ja gegeben worden, so würden wir sie gewiß noch im Coder lesen. Ebendeßhalb wurden die Meisten auf den Prätor zurückgedrängt, und versuchten die Klage aus dem Edicte und also auch aus den Schriften der Juristen herauszulesen. Daß aber diese Versuche mißlun-

gen sind, habe ich oben gezeigt. Die **her. pet. poss.** hat nicht den Zweck, um die völlige Ausgleichung wirklich zu Stande zu bringen, sondern letztere ist vorausgegangen, sie ist die Ursache, daß man gegen Diocletians Zeit hin auch in den Rechtsmitteln keinen Unterschied mehr finden konnte. Es hat also kein Prätor, kein Kaiser jene Klage eingeführt, im Gegentheil bis auf Diocletian bestand noch der formelle Unterschied der Rechtsmittel [6]), seitdem aber fielen auch die äußeren Schranken zwischen den zwei verschiedenen Wegen hinweg, auf denen doch schon, seitdem man die **b. p.** als ein definitives Erbrecht ansah, **heres** und **b. possessor** ganz dasselbe Ziel, nämlich petitorische oder definitive Anerkennung ihres Erbrechts, erreicht hatten.

§. 125. Die bisherige Argumentation stützt sich in allgemeiner Weise auf zwei nicht zu bezweifelnde Punkte: den Untergang des **ordo judiciorum**, sowie überhaupt der formellen Verschiedenheiten der Rechtsmittel, und die Verschmelzung der Begriffe von **hereditas** und **bonorum possessio.** Beides ist, wie wir unbedenklich annehmen dürfen, bis gegen die Zeit Diocletians hin, vor sich gegangen. Rücksichtlich des zweiten Punktes ist nicht die Verschmelzung gemeint, daß überhaupt die **b. p.** als gleiche Universalsuccession mit der **hereditas** gegolten hätte [1]), eine solche Universalsuccession war die **b. p.** von Anfang an, — sondern daß man sie als ein vorherrschend definitives Erbrecht auffaßte, wovon schon in der Zeit der klassischen Juristen die Keime namentlich in den **corrigendi juris civ. gr.** proponirten Klassen zu finden sind, ohne daß dies aber schon damals zu einer Gesammtanschauung geworden wäre.

Die Beweisführung hat sich jetzt genauer auf die Quellen zu concentriren, und auch aus ihnen die aufgestellte Behauptung zu rechtfertigen. Denn wenn gleich kein Kaisergesetz unser fragliches Rechtsmittel eingeführt hat, wir also danach auch nicht suchen können, so müssen wir doch in den Constitutionen,

6) Wenigstens de jure. Ob man sich auch schon in der letzten Zeit vor Diocletian in der Praxis immer noch darnach gerichtet hat, ist eine andere Frage.

1) Savigny Zeitschrift f. gesch. R. W. V. S. 18.

die direct eine andere Hauptentscheidung enthalten, gelegentliche Aeußerungen antreffen, welche uns die von selbst vorgegangene Rechtsänderung mittheilen. Und dies scheint mir sich in sehr auffallender Weise zeigen zu lassen.

So viel ich weiß, kommt bei den Pandekten-Juristen der Ausdruck **vindicare** für die Rechtsmittel des **bonorum possessor** nur in den oben angeführten Stellen vor, welche aber, wie gezeigt worden, so eigenthümliche Fälle betreffen, daß hier der Gebrauch jenes Worts nicht auffallen kann. Im Uebrigen aber konnten die Juristen unmöglich von einer **vindicatio** des **bonor. possessor** sprechen, da es ihnen wohl bekannt ist, was eigentlich **vindicatio** bedeutet, wonach es nur bei **speciales in rem actiones** und bei der **her. petitio** ein passender Ausdruck war [2]). Dagegen bei der Klage des Civilerben kommt er sehr oft vor, namentlich seit der Kaiserzeit in den besonderen Fällen der **caduca etc.**; und so findet sich denn auch in den Kaisergesetzen, die des Diocletian mit eingeschlossen, das Wort **vindicatio** durchaus gleichbedeutend mit **her. pet.** gebraucht [3]). Für die Klagen aus der **b. p.** aber kommt dieser Ausdruck vor Diocletian noch nicht vor. Nur einmal heißt es in einer Constitution von Severus Alexander von der instituirten Tochter einer Mutter, deren Testament sie umgehen und **ab intestato** die **bon. poss.** agnosciren wollte: **non successionem ab intestato potes vindicare** [4]). Aber die Beziehung auf die **b. p.** ist hier nur scheinbar, indem wenn auch die Tochter dieselbe hatte agnosciren wollen, dies Rescript des Kaisers allgemein auch auf die Geltendmachung ihres Civilerbrechts **ex Sto Orphitiano** sich bezieht.

Dagegen in den zahlreichen Constitutionen Diocletians tritt

---

2) Gai. IV. 16. u. 17.

3) s. z. B. l. 3. C. de her. pet. (§. 122. not. 4.) „hereditatem ex alia causa vindicanti" (Severus et Anton.) l. 3. C. de testam. „hereditatem vindicare" (Alexand.). l. 13. C. de collat. (Dioclet.). l. 1. C. de Carb. ed. (Dioclet.). l. 8. C. de jure deliber. (Dioclet.) l. 9. C. Comm. de succ. (Dioclet.) l. 12. C. de test. manum. (Dioclet.) (s. ferner z. B. fr. 3. expil. her. „hereditatem jure ordinario vindicare".)

4) l. 3. C. de impub. et al. subst.

die Aenderung der Terminologie auffallend hervor. Hier finden wir eine ganze Reihe von Stellen, wo **vindicatio** eben so unzweifelhaft von der Geltendmachung der b. p. gebraucht wird, wie derselbe Kaiser das Wort beim Auftreten eines **heres** anwendet. (s. Note 3.) Und zwar wird hier der Ausdruck **vindicare successionem** nicht bloß von der Agnition der b. p. selbst verstanden, sondern die Erbittung wird ausdrücklich als etwas Vorausgehendes genommen, der dann die **vindicatio successionis** nachfolgt, so daß also **successio** hier das angetretene Erbrecht bedeutet.

1) l. 4. C. qui adm. ad b. p. — **Emancipata, si non agnovit intra annum Unde liberi bonorum possessionem, nullam ad heredes vindicationem successionis transmittere potuit.**
2) l. 2. C. unde legit. — — **Intelligis, sine auxilio bonorum possessionis (d. h. ohne daß du vorher b. p. agnoscirst) ejus te successionem vindicare non posse.**
3) l. 2. C. de succes. ed. — **Si — tu, licet quinto gradu constitutus, ex successorio capite petiisti bonorum possessionem, vel nondum exclusus petas, eorum successionem potes vindicare.**
4) l. 5. C. Comm. de succ. — **admisisse te bon. poss. probans, eorum vindica successionem.**

Andere Stellen desselben Kaisers verbinden das **vindicare**, statt mit **successio**, direct mit einem anderen das Vermögen bedeutenden Worte:

5) l. 8. C. Comm. de succ. — — **Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante, intestato bona defuncti non recte vindicentur.**
6) l. 8. C. de legit. hered. — **Si — adita hereditate vel petita bonorum possessione successisti, eorum substantiam vindicare non prohiberis.**

In der letzten Stelle sieht man namentlich noch die vollkommene Gleichstellung der **hereditas** und **bonorum possessio** in Beziehung auf die daraus folgende Vindication, und daß damit wahrhaft die **hereditatis petitio** gemeint sein muß, zeigt folgende Constitution ganz ausdrücklich:

7) l. 9. C. de petit. her. — **Si scripti heredes delatam sibi successionem cognati repudiaverunt, et hanc honorario vel civili jure quaesiisti, res hereditarias, quae in eadem causa durant, hereditatis petitione vindicare potes.**

Man könnte der Beweiskraft dieser Stelle noch dadurch entgehen wollen, daß man meinte, es sei hier nur von einem Civilerben die Rede, der durch her. aditio oder Agnition der b. p. zur Erbschaft gelangt, und dem nun auch die her. pet. zugesprochen wird, während dies von einem bloß durch den Prätor berufenen Erben nicht gelten könne. Aber einestheils würde dies schon eine sehr gezwungene Interpretation der allgemein lautenden Worte sein, anderntheils widerlegt es sich eben durch alle jene anderen Diocletianschen Stellen, durch die sich gleichmäßig das Wort **vindicare** hindurchzieht, mag von der Geltendmachung der **hereditas** oder des lediglich Prätorischen Erbrechts die Rede sein. Aus dieser letzten Stelle sehen wir nur durch den zufälligen Zusatz: **hereditatis petitione**, daß unter dem Ausdruck **vindicare** die **hereditatis petitio** verstanden sein soll, wie dies ja auch von vorn herein nicht anders zu erwarten war. Und danach behält unsere Stelle dieselbe Beweiskraft, mag man auch annehmen, daß der Kaiser an einen Civilerben rescribire, während freilich die sehr viel natürlichere Auffassung ist, daß er es dahin gestellt sein läßt, ob er bloß auf Prätorisches oder auf Civilrecht sich stützt [5]).

5) Es ist noch eine andere Stelle Diocletians anzuführen, in der die hereditatis petitio den Einzelvindicationen, welche sie bekanntlich nicht mit umfaßt, entgegengesetzt wird. Sie zeigt die vollkommene Identität der beiden Ausdrücke hereditatis petitio und successionis vindicatio, und ist also, wenn sie auch gar nicht besonders von der Klage des **bonorum possessor** spricht, für uns völlig beweisend, da in den vorhin angeführten Stellen die successionis vindicatio dem bonorum possessor so constant zugeschrieben wird. Die Stelle beweist auch ferner, daß man ganz technisch successionis vindicatio durchaus in demselben Umfange wie die her. pet. nahm, so daß man also auch nicht den Gedanken fassen kann, es sei darunter nur im Allgemeinen „petitorische Geltendmachung des Erbrechts", also auch die Vindicationen des Erblassers zu verstehen. Die Worte der l. 4. C. in quib. caus. cessat longi temp.

Jedenfalls aber wird nach den angeführten Stellen zugegeben werden müssen, daß zur Zeit Diocletians dem **bon. possessor** die **her. pet. possessoria** zugestanden wurde. Gerade dieser Ausdruck findet sich freilich nicht, und es kommt auch überhaupt wenig darauf an, ob ihn Justinian bei jener Compilirung des Pandektentitels erst gemacht habe oder nicht. Aber die Sache ist in den Vorjustinianeischen Constitutionen bereits vollkommen enthalten. Dies leuchtet auch namentlich noch aus einer anderen Stelle Diocletians hervor, worin klar genug die Auffassung der damaligen Zeit von der gleichmäßigen Geltendmachung des civilen und Prätorischen Erbrechts enthalten ist.

8) l. 14. C. de jure deliberandi. — **Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit jure, licet res ex ejus bonis descendentes non probetur tenuisse, heres tamen effectus contra possidentes experiri potest.**

Wir haben hier eine Umschreibung der **her. pet.** gleichmäßig für beide Fälle, daß Jemand **civili** und **honorario jure successit**, und auch hier ist es durchaus unwahrscheinlich, daß nur an einen Civilerben gedacht sei. Man sieht offenbar die völlige practische Gleichstellung des **civile** und **honorarium jus**, indem sich auf Beides gleichmäßig der Satz: **heres tamen effectus** bezieht, was durchaus denselben Sinn hat, als die obige Stelle, worin von drei Emancipirten gesagt wird: **heredes eos exstitisse.** Die Stelle zeigt deutlich genug, daß es nur der Antretung nach Civil- oder Prätorischem Recht bedarf, um definitiver Universalsuccessor, oder, wie man jetzt im weiteren Sinn sagt: **heres** zu werden, und dann auch mit einem und demselben Rechtsmittel die Erbschaft gegen den Besitzer vor dem **praeses** verfolgen zu können.

---

pr. lauten nämlich: **Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede, nec pro possessore, sed pro emto, vel donato vel alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident, quum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio noceat.**

Diese Stellen Diocletians sind wahrscheinlich alle später als das Gesetz vom Jahre 294, wodurch der **ordo judiciorum** aufgehoben wurde [6]), jedenfalls ist keine derselben vor dem Jahre 294 erlassen. Aber auch wenn das nicht der Fall wäre, so würde die Gleichheit der Terminologie zeigen, daß zwischen dem **vindicare hereditatem** und der **successionis vindicatio ex bon. poss.** höchstens noch ein rein formeller Unterschied bestand, der, wenn er überhaupt bei Erlassung einer dieser Constitutionen noch vorhanden und in practischem Gebrauch war, unmöglich einen Unterschied in der Bezeichnung der Erbrechtsklage veranlassen konnte. In der Folgezeit wurde übrigens der Ausdruck **vindicare** noch in viel allgemeinerem Sinne gebraucht, und so muß man z. B. Stellen des Arcadius [7]) genau von der unter Diocletian gangbaren Terminologie trennen.

Die Entstehung der **her. pet. possessoria** scheint mir hiermit gerechtfertigt. Sie ist das Erzeugniß einer neuen Zeit, in der sich der **b. p.** allmählig ein anderer Begriff untergeschoben hat. Wir haben nun noch die Rückwirkungen dieser **vindicatio** auf die bisherigen Klagen aus der **b. p.** zu prüfen. Sie ist daraus hervorgegangen, daß weder **fictitiae actiones**, noch das **Int. quor. bon.** mehr passend das durchsetzten, was ein **bon. possessor** von dem **praeses** jetzt anerkannt wissen will. Sie umfaßt also auch dasselbe, was man mit der **her. pet.** einklagt, d. h. Einforderung der **corpora hereditaria** und Einklagung der Schuldner, wobei der Kläger sich auf den Grund stützt, daß er **honorario jure successit**, und also als Nächstberechtigter, wenn auch kein **heres** im alten Sinn, doch nicht minder definitiver Universalsuccessor geworden sei. Daneben kann er nun auch noch die dinglichen Einzelklagen des Erblassers geltend machen, welche nach dem Untergang des **ordo judiciorum** ebenfalls nicht mehr **fictitiae actiones** genannt werden können, denn wenn auch nach alter Auffassung

6) l. 2. C. de pedan. judic.
7) l. un. Th. C. quor. bon. (s. Bd. I. S. 388. Note 8.)

der **bon. possessor** nur **loco heredis** iſt, ſo iſt doch die Durchſetzung vor dem **praeses** ganz dieſelbe, als wenn ein wahrer **heres** dieſe Klagen anſtellt; nur daß man theoretiſch einem Prätoriſchen Erben bloß das **in bonis** (alſo die **Publiciana actio**) zugeſtand, das erſt durch einjährigen Beſitz ins Quiritiſche Eigenthum zu verwandeln war, während dieſes der civilrechtliche Erbe gleich von Anfang hatte, ein Unterſchied, der ſich aber auch ſchon mehr und mehr zu verwiſchen begann. Danach iſt alſo von jenen **fictitiae actiones**, die ſich ja auch in der Juſtinianeiſchen Compilation nicht finden, ſchon ſeit Diocletians Zeit nicht mehr die Rede [8]), es iſt Alles zuſammengefloſſen in den einen Satz, daß, wer nach Civil- oder Prätoriſchem Recht erbt, nicht bloß die **hereditatis petitio**, ſondern auch die Einzelklagen des Verſtorbenen hat [9]).

Ebenſo könnte man nun auch meinen, daß das **Int. quor. bon.** in die allgemeine **vindicatio** hätte aufgehen müſſen, weil ja die Einforderung der **corpora hereditaria** in dieſer vollkommen und petitoriſch enthalten war. Wozu nutzt noch ein bloß **possessionis quaestionem** enthaltendes Verfahren? Wie überhaupt iſt ein ſolches nur denkbar, da das **honorario jure succedere** jetzt ein definitives Erbrecht geworden iſt, alſo das Rechtsmittel zur Schützung der agnoscirten **b. p.** nothwendig ein petitoriſches ſein zu müſſen ſcheint? Ich bleibe die Antwort auf dieſe Fragen einſtweilen ſchuldig, wir werden ihnen

---

8) Dies erkennt auch v. Löhr an. Magazin III. 336. Dernburg Geſch. der Röm. Teſt. S. 258.

9) In l. 9. C. de her. pet. wird noch beſonders hervorgehoben, der qui honorario oder civili jure successit, könne her. petitione vindiciren die res hereditarias, quae in eadem causa sunt, d. h. welche noch als res hereditariae, alſo pro herede oder pro possessore beſeſſen werden, und darin liegt ſtillſchweigend, daß, wenn ſie nun aus einem anderen Grund beſeſſen werden (alſo z. B. bona fide veräußert werden), noch die Singularvindication bis zur Erſitzung vorhanden iſt, wie dies l. 7. C. eod. ausdrücklich ausſpricht. — Alſo die Einzelklagen auch des honorario jure Succedirenden beſtehen fort, aber man denkt nicht mehr daran, ſie noch als beſondere fictitiae actiones aufzuführen, eben ſo wenig als man ſeine her. pet. eine fictitia vindicatio nennt.

das letzte Kapitel dieses Buchs zu widmen haben. Einstweilen möge hier nur bemerkt werden, daß das **Int. quor. bon.** in der Kaiserzeit entschieden fortbesteht, und zwar als ein keineswegs unwichtiges Institut, indem wir die Kaisergesetze sich mehrfach mit demselben beschäftigen sehen.

Zweites Kapitel.

Umgestaltung des Begriffs und der einzelnen Klassen der b. p.

§. 126. Wir haben jetzt kennen lernen, wie sich in Beziehung auf die petitorischen Rechtsmittel das civile und Prätorische Erbsystem ausgeglichen haben. Diese Veränderung ist von uns an die Aufhebung des **ordo judic. priv.** unter Diocletian angeknüpft worden, aber es verdient nochmals hervorgehoben zu werden, daß diese Anknüpfung sehr viel mehr eine äußerliche ist, die nur den unzweifelhaften Endpunkt der Rechtsentwicklung angiebt, als daß sie der eigentliche innere Veranlassungsgrund wäre. Dieser innere Grund besteht vielmehr darin, daß die fortschreitende Zeit mit der **b. p.** einen anderen Begriff verband, woraus denn von selbst hervorgeht, daß seit die Verschiedenheiten in der formellen Conception der Klagen hinwegfielen, nothwendig die Durchsetzung des civilen und Prätorischen Erbrechts auch äußerlich dieselbe Gestalt gewinnen mußte.

Ganz derselbe Gesichtspunkt scheint mir nun auch bei den Punkten festgehalten werden zu müssen, zu denen wir jetzt übergehen. Wir haben zuerst die Veränderungen kennen zu lernen, welche in den einzelnen Klassen der Erbberechtigung, also in Beziehung auf die Delation vor sich gingen, worauf dann die Umgestaltungen der formellen Agnitionsregeln, also der

Acquisition des Prätorischen Erbrechts folgen müssen. Ich glaube der Verlauf der Darstellung wird es zeigen, daß die kaiserlichen Bestimmungen, welche wir in Bezug auf beide Fragen in unseren Quellen finden, es durchaus nicht als Ziel vor Augen haben, den Begriff des Prätorischen Erbrechts mit dem des Civilrechts zu verschmelzen. Und nun ist es doch nicht zu läugnen, daß in der Kaiserzeit diese Verschmelzung vor sich gegangen ist, daß man die Agnition der **b. p.** ganz eben so als definitives Erbewerden betrachtete, wie die **her. aditio.** Wir haben also (und das soll eben die folgende Darstellung rechtfertigen) die Sache gerade umgekehrt aufzufassen. Die Umgestaltung des Begriffs der **b. p.** lag schon vor, sie ist durch keine einzelne kaiserliche Verfügung oder durch eine Mehrzahl derselben hervorgerufen, sie ist durch die Zeit und die veränderten Verhältnisse von selbst entstanden, mit anderen Worten sie ist eine gewohnheitsrechtliche. Die einzelnen kaiserlichen Verfügungen setzen sie stets voraus, sie beziehen sich bei der materiellen Identität beider Erbrechtsbegriffe, meist nur auf gewisse äußere Schranken und Unterschiede, die noch zwischen ihnen bestanden, und die noch ganz besonders als der Rechtsänderung bedürftig dem Auge auffallen mußten. Manches davon wird eingerissen, aber umgekehrt Vieles geht geradezu darauf aus, die formellen Unterschiede noch aufzubewahren. Die Schriften der klassischen Juristen hatten direct practische Autorität; wenn sie von **b. p.** sprachen, so verstand man in der späteren Zeit doch etwas Anderes darunter, als die schreibenden Juristen es gemeint hatten; um so lieber aber mußte man einiges Außerordentliche in der Begründung, Erlangung und Geltendmachung des Erbrechts aufrecht halten, damit der Gegensatz, der in den Schriften der klassischen Juristen vorlag, nicht ganz unverständlich werde.

Wenn wir also die Umbildung der **b. p.** nicht als ein Werk der kaiserlichen Gesetze, sondern die kaiserlichen Gesetze als die nothgedrungene Folge jener Umbildung betrachten, so haben wir doch aber noch genauer, als in der bisherigen Untersuchung über die **her. pet. poss.** geschehen konnte, anzugeben, was wir unter den veränderten Verhältnissen verstehen, welche als der wahre Grund der ganzen Rechtsände-

rung anzusehen seien. Wir können uns nämlich das im vorigen Kapitel Gesagte noch nicht genügen lassen. Daß man nach dem Verfall der Jurisprudenz den Begriff der **b. p.** aus ihrer gewöhnlichen Gestalt, namentlich der **b. p. cum re**, entnahm, war allerdings schon hinreichender Grund, dem **b. possessor**, der dauernd das Vermögen behalten sollte, eine **hereditatis** oder **successionis vindicatio** zuzusprechen. Aber wenn weiter keine Gründe vorlägen, so würden wir die **b. p. sine re** noch immer als fortbestehend annehmen müssen, wenn gleich jetzt unter dem Charakter von Ausnahmen, während sie früher umgekehrt die eigentliche Grundlage des juristischen Begriffs der **b. p.** bildete.

Aber es wird sich zeigen, daß die Umgestaltung der **b. p.** eine viel tiefer eingreifende war, daß die **b. p. sine re** nicht bloß zu einem Complex von Ausnahmsfällen herabsank, sondern daß sie schon zu Diocletians Zeit völlig untergegangen war. Man verstand unter **b. p.** ganz ausnahmslos definitives Erbrecht.

Die Beweise für diesen Satz sind, soweit sie hier überhaupt schon mitgetheilt werden können (s. unten §. 147), jetzt sogleich zur Prüfung vorzulegen.

§. 127. Ich habe bisher schon mehrfach Gelegenheit gehabt, hervorzuheben, daß die **b. p.** ein Complex von Rechtsregeln ist, die der Prätor selbst bei der Regulirung der Erbfälle befolgt [1]), nicht etwa Sätze, deren Ausführung und Beobachtung einem Dritten, einem **judex** überlassen worden wären. Daraus erklärt sich so mancherlei in der Gestaltung dieser Rechtssätze selbst, sie setzen so häufig ein sehr weitgreifendes freies **arbitrium**, wie es das des Prätors war, voraus, damit sie erst ihre practische Brauchbarkeit und Leichtigkeit erhielten. Ich meine damit nicht, daß es unvollständige Rechtsregeln waren, weßhalb denn das, was im Edicte nicht stand, stets in der Praxis durch die **decretalis bon. poss.** hätte ausgefüllt werden müssen [2]). Die Art, wie die letztere in den Quellen er-

1) Band I. S. XIX. S. 176.

2) So faßt v. Löhr Magazin III. S. 339. die Sache auf.

wähnt wird, deutet nicht auf ein so weit greifendes Gebiet derselben hin, daß mit ihrem Wegfallen die ganze **b. p.**, auch gerade die **edictalis**, eine andere Gestalt hätte gewinnen müssen.

Es sind vielmehr Rechtsregeln, die, an und für sich vollständig, eine häufige Anwendung der **decretalis b. p.** gar nicht voraussetzen, die aber stets das directe Eingreifen des Prätors, ihres Urhebers, und nicht in jedem Falle die Anordnung eines besonderen Processes unter einem **judex** zur stillschweigenden Voraussetzung haben. Es ist dies eine innere Eigenthümlichkeit dieser unserer Lehre, wodurch sie sich von so vielen anderen, auch des Prätorischen Rechts, unterscheidet. Diese Eigenthümlichkeit ist auch dadurch gar nicht verwischt, daß das ganze Prätorische Recht durch Hadrian besonders fixirt wurde, und einen mehr gesetzlichen Charakter annahm [3]). Die Hauptpunkte standen schon ohne das durch Gewohnheitsrecht vollkommen fest, und die innere Eigenthümlichkeit der Rechtssätze der **b. p.** besteht auch nach Hadrian ebenso wie vorher; sie setzen immer voraus, daß im practischen Leben der Prätor vorhanden war, der als Regulirer der Erbschaftsangelegenheiten ihnen ihren wahren Sinn und ihre rechte practische Durchführung gab. Solchen Zustand haben offenbar die klassischen Juristen auch nach Hadrian vor Augen [4]), und er muß nothwendig angenommen werden, um es recht zu verstehen, wie jene vielen Regeln, wonach **b. p. peti non potest**, oder wo die **b. p. data non intelligitur**, gemeint seien, und wie auch da, wo **b. p. recte data**

3) Auch dies scheint mir v. Löhr a. a. O. S. 335. zu sehr hervorzuheben.

4) Aus ihren Fragmenten ist ja auch im Bisherigen hauptsächlich die Darstellung der hiehergehörigen Punkte entnommen. Ich verweise auf die Entwicklung der bedingenden und vernichtenden Beweise bei den einzelnen Klassen. Bd. 1. S. 171. ff. S. 201. ff. S. 391., ferner oben §. 66. 67. 97. 98. 103. — s. auch §. 113. Note 9 a. In der Zeit der ausgebildeten b. p. wollte der Prätor alle die verschiedenartigsten Interessen, welche bei einem Erbfalle auftauchen, berücksichtigen, Niemandem soll sein beneficium captiosum sein. Dazu aber genügten nicht bloß im Edict aufgestellte Regeln, es bedurfte auch in jedem einzelnen Falle einer umsichtigen, von practischem Takte geleiteten Thätigkeit.

est, noch keineswegs ein definitives Erbrecht, sondern nur ein interimistisches Besitzes- und Verwaltungsrecht der Erbschaft vorliegt, das nur in Folge von Zufälligkeiten oder besonderen Ausnahmen zu einem dauernden Behalten der Erbschaft wird. (b. p. cum re.)

Kurz gesagt, man muß stets im Auge behalten, daß die Ertheilung der b. possessiones eine Sache des Prätorischen Imperiums ist [5]), und daß ähnlich wie bei den In integr. restitutiones, die practische Durchführung der Edictsregeln in der Hand des Magistrates selbst liegt. Aber freilich zu solcher Handhabung gehört juristischer Takt und ausgebildete Rechtskenntniß, welche wir, so lange die klassischen Juristen vorhanden waren, doch gewiß bei den Prätoren oder wenigstens ihren Assessoren voraussetzen dürfen. Es gehört dazu die freie Stellung, welche der Prätor auch noch in der ersten Kaiserzeit in Bezug auf die Jurisdiction einnahm. So lange eine lebendige Rechtskenntniß und ein practischer Takt in den Juristen und den Leitern der Jurisdiction vorhanden war, so lange der Prätor nicht zu einem gewöhnlichen Beamten und Richter in unserem heutigen Sinn herabgesunken war, konnte und mußte man das civile Erbrecht, wo Alles ohne Zuthun des Magistrats geschieht, von dem Prätorischen, wo das Eingreifen desselben so sehr hervortritt, als zwei genau getrennte Systeme einander gegenüber setzen.

Als aber der juristische Sinn sich immer mehr abstumpfte, als überhaupt die Magistrate zu einer weit untergeordneteren Stellung, zu bloßen Richtern, wurden, da mußte die Thätigkeit der Beamten bei Ertheilung der b. p. eine ganz andere werden. Die Agnition derselben konnte nicht mehr ein Act bleiben, bei dem sogleich der Magistrat mit Berücksichtigung von bedingenden und vernichtenden Beweisen die Sache so einrichtete, daß die Erbschaftsangelegenheit so rasch wie möglich regulirt würde, sie mußte das werden, was man heutzutage so vielfach auch für jene früheren Zeiten angenommen hat, eine bloße Anzeige beim Richter, daß man die Erbschaft antreten wolle. Eine causae cognitio von Seiten des Richters

5) fr. 1. de jurisdict.

kam nicht mehr vor; wenn ihrer Mehre sich zugleich oder nach einander meldeten, so kam es hinterdrein zu einem ganz gewöhnlichen Proceß, der dann nach den Rechtsregeln des Civilrechts und Edicts, wie sie aus den Schriften der Juristen weitläuftig zu ersehen waren, entschieden wurde. Jetzt hieß, wenn z. B. Ulpian von einem Fall geschrieben hatte: **b. p. peti non potest**, das so viel als: „der Agnoscirende hat kein Erbrecht," und überhaupt alle Sätze der **b. p.** wie sie in den klassischen Schriften standen, waren, wie die des Civilrechts, gewöhnliche Rechtsregeln geworden, die nicht ein Magistrat nach bestem Ermessen auch ohne Proceß regulirt, sondern denen der Richter, wenn bei ihm ein wahrer Proceß anhängig gemacht wird, untergeordnet ist, und wonach er lediglich das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Erbrechts in diesem Processe zu entscheiden hat.

Es hat sich dies natürlich nicht auf einmal entwickelt, aber solch ein Zustand muß angenommen werden, als im Jahr 339 das Gesetz erlassen wird, daß vor jedem beliebigen Richter, also auch von verschiedenen Personen vor ganz verschiedenen Richtern, die Erklärung, daß man **b. p.** agnoscire, angebracht werden könne, ein Gesetz, das zur Zeit der klassischen Juristen ebensosehr ein Unsinn gewesen wäre, als es jetzt umgekehrt der sehr natürliche Ausfluß der ganz veränderten Verhältnisse war. Die Verhältnisse haben sich aber nicht erst zwischen Diocletian und Constantius, von dem jenes Gesetz herrührt, geändert. Das was der wahre Grund der Rechtsänderung war, die für die Handhabung solcher Institute wie die **b. p.** ganz veränderte Stellung der Beamten, bestand schon unter Diocletian; der Zustand also, wie wir ihn unter dem Kaiser Constantius annehmen, ist als ein schon zu Diocletians Zeit vollkommen festgestellter zu denken. —

Die Richtigkeit dieser allgemeinen Behauptung läßt sich auch in den einzelnen Theilen des Erbrechts für die Zeit Diocletians nachweisen. Für die Intestatsuccession ist dies aus einem Rescripte des genannten Kaisers zu ersehen, worin das Verhältniß mehrer Klassen der Intestatsuccession auseinandergesetzt wird, dies aber ganz von dem Gesichtspunkte des Erbschaftsprocesses aus, welcher jetzt, wo die Agnition

der b. p. eine reine Form geworden war, ganz allein hervortreten mußte. Es kommt lediglich darauf an, ob nach den Rechtsregeln der mit der her. pet. Belangte ein besseres Erbrecht als der Kläger hat oder nicht. Im letzteren Falle siegt dieser, sobald er nur nebenbei auch noch die Formalität beweist, daß er zur rechten Zeit b. p. agnoscirt habe [6]). Der, an welchen dies Rescript erlassen ist, wird als Kläger im Erbschaftsproceß vorausgesetzt, und doch wird von ihm angenommen, er habe b. p. agnoscirt. Nach dem Rechte der klassischen Juristen läge hier eine b. p. sine re vor. Da die b. p. vom Kläger als agnoscirt vorausgesetzt wird, so könnte sie von den ihm vorgehenden **consanguinei** nicht erbeten sein, deßhalb würde nun erst ihr Gegner den Besitz bekommen, und die **consanguinei** müßten mit der her. pet. auftreten, wobei dann weiter untersucht würde, ob sie in der That **consanguinei** seien oder nicht; in ersterem Fall würde die b. p. sine re sein [7]).

Von allem diesen ist jetzt, wie wir aus jenem Rescript sehen, zu Diocletians Zeit nicht mehr die Rede. Die Agnition der b. p. ist nicht mehr ein Mittel, um, wenngleich sie sine re werden würde, vorerst auch gegen den **heres** das **Int. quor. bon.** anzustellen und **tanquam heres distrahere hereditatem** [8]), sie ist ebenso wie die her. aditio nichts als eine besondere Art

6) l. 5. C. Comm. de succ. — Amitae, cui successisse filios suos proponis, hereditatem tuo nomine non recte petis. Sed quoniam hos etiam intestatos diem functos asseveras, siquidem hi, quos privignos ejusdem amitae dicis, eorum consanguinei fuerint, fratres tam agnationis (Civilrecht) quam cognationis jure (bon. poss.) secundo gradu constitutos tibi praeferri, (im Erbschaftsproceß), non ambigitur. Nam si, amitinis tuis alio etiam patre natis, nunquam eorum matris privigni sunt (Cujacius vermuthet für nunquam: non consanguinei), admisisse te bonorum possessionem probans, eorum vindica successionem.

7) Gai. III. 37. — Et illud convenienter dicetur, si ad agnatum jure civili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed b. possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem.

8) Gai. IV. 144. fr. 23. de her. inst.

der Erbantretung, der dann gegen andere Erbprätendenten die her. pet. folgen muß. Man siegt mit dieser wenn man nächstes Erbrecht (oder wie die Röm. Juristen sich ausdrückten b. p. cum re) hat. Die b. p. sine re ist nichts anderes mehr, als wie wenn Jemand, der nicht heres ist, die her. aditio vornimmt, d. h. eine ganz bedeutungslose Handlung [9]), und so erklärt es sich, daß der Ausdruck in dieser späteren Zeit gar nicht mehr vorkommt [9a]).

Ganz dasselbe, was hier von der Intestatsuccession gesagt ist, gilt ebenso auch von der testamentarischen. Die b. p. sec. tab. war beim non jure fact. test. durch jenes oben besprochene Rescript des Mark Aurel für cum re, den Intestaterben gegenüber, erklärt worden; es entwickelte sich daraus, wie wir alsbald sehen werden, eine eigene Testamentsform, welche sich als Prätorisches neben das Mancipationstestament stellte. Durch beide gelangte man dauernd zur Erbschaft. Jene ganze Wahrscheinlichkeitsrechnung des Prätors, wonach er hauptsächlich dem in einem gültigen Civiltestamente Eingesetzten zum Besitz des Vermögens verhelfen wollte, fiel damit hinweg. Die Agnition der sec. tab. b. p. ist nichts mehr als die Erbantretung aus dem Prätorischen Testament, die, sobald es nur ein gültiges Prätorisches Testament ist, definitives Erbrecht begründet, und mit der successionis vindicatio verfolgt werden kann. Ein Prätorisch gültiges Testament ist aber da vorhanden, wo nach früherer Ausdrucksweise die b. p. cum re war. Alle übrigen Fälle dagegen (wobei früher die b. p. quae data non intelligitur und die b. p. sine re unterschieden wurde), haben jetzt nur den Sinn, daß der b. possessor trotz seiner

---

9) Sie ist also mit dem Begriff der b. p. quae data non intelligitur völlig zusammengefallen.

9a) Nur einmal kommt bei Diocletian der Ausdruck b. p. cum re vor l. 25. C. de inoff. test., aber schon in dem den Juristen fremden Sinn für „eine gültige b. p." Denn bei Potestativbedingungen, wie die in dieser Stelle erwähnte, wurde vor Erfüllung derselben gar keine b. p. sec. tab. ertheilt. fr. 23. §. 1. de her. instit. Puchta Pandekten §. 457. S. 637. Der Basilikenscholiast (Heimb. IV. p. 36.) übersetzt es deßhalb auch ganz richtig mit ἐνδυνάμως.

formellen Agnition mit seiner **successionis vindicatio** nicht durchzudringen vermöge.

Rechnen wir nun noch die Klassen **contra tab.** und **unde liberi** hinzu, wo ausnahmsweise auch schon nach früherem Recht die agnoscirte **b. p.** stets regelmäßig definitive Universalsuccession ertheilte, so rechtfertigt sich folgendes Resultat:

Man betrachtet jetzt die **b. p.**, d. h. den Inbegriff der Fälle, wo sie nach früherer Ausdrucksweise **cum re** hieß, lediglich als eine Art des definitiven Erbewerdens, welches ganz auf derselben Stufe mit den Erbberechtigten steht, die schon das Civilrecht ruft. Es ist jetzt ein *gemeinsamer* Begriff des *Erbewerdens* geschaffen, welcher gleichmäßig im Notherbenrecht, der testamentarischen und der Intestatsuccession auf civilem oder Prätorischem Rechte ruhen kann, aber in beiden Fällen durchaus nicht verschieden ist. Für diesen *einzigen* Begriff des Erbrechts bestehen drei verschiedene Formen der Antretung (**cernere, pro herede gerere** und **b. possessionem agnoscere**), deren eine vorgenommen sein muß, um die **her. pet.** anstellen zu können. Man siegt mit dieser, wenn man *nächstes* Erbrecht hat [10]).

§. 128. Für dieses Resultat müssen nun sogleich die Zeugnisse der Quellen beigefügt werden.

I. Die Darstellung der klassischen Juristen zeigt klar genug, daß man sich **hereditas** und **bonorum possessio** als zwei gesonderte Systeme denkt, die schon dadurch so wesentlich geschieden sind, daß die letztere durch das **imperium** des Prätors regulirt wird, und auch (in Bezug auf die Geltendmachung des **Int. quor. bon.**) noch nach der Ertheilung von demselben abhängig bleibt [1]). Sie nennen das Ganze ein **beneficium Praetoris**, dessen Inhalt sie aus der **hereditas** erklären, indem der **b. possessor loco heredis** sei, also ein Recht habe, welches durch Prätorisches **beneficium** der **hereditas** *ähnlich* sei.

10) Die Rangordnung, nach der sich dieses *nächste* Erbrecht entschied, wird aus der alsbald folgenden Darstellung der einzelnen aus Civil- und Prätorischem Recht zusammengeschmolzenen Erbklassen zu ersehen sein.

1) Bd. I. S. 328.

Heutzutage gebrauchen wir auch wohl von der klassischen Juristenzeit die Ausdrücke: es sei Jemand in einem gewissen Fall Erbe nach Civilrecht, in einem anderen Fall Erbe nach Prätorischem Recht. Indeß ist das ganz gegen die Anschauung der früheren Zeit. Wir würden dem Sinn der von ihnen gebrauchten Worte viel näher kommen, wenn wir etwa sagten: in dem einen Fall sei Jemand Erbe, im anderen Erbschaftsverwalter, denn bei diesem letzteren ist auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß aus einer interimistischen Regulirung ein in gewissen Fällen definitives Behalten werde [2]). Die Römer haben noch nicht ein drittes Wort und also auch noch nicht den Begriff, wie wir ihn mit dem Ausdruck Erbe verbinden, der Beides gleichmäßig zu einem Ganzen macht [3]). Sie haben eben nur Zweierlei, wovon das Eine an das Andere angelehnt wird, aber doch noch immer sich so viel unterscheidet, daß man nicht Delations- und Acquisitionsregeln von Beiden als ein Ganzes zusammenwerfen konnte. Eine solche Darstellung, wie sie uns z. B. geläufig ist: das Erbrecht werde erworben durch **cretio, pro her. gestio** oder **b. possessionis agnitio** ist von ihrem Standpunkte aus ganz unpassend, wir müßten, um ihrer Anschauung gleich zu kommen, etwa sagen: das Erbrecht wird erworben durch **cretio** und **pro her. gestio**, indeß kann man auch durch Prätorische Vergünstigung das Vermögen bekommen.

Ich will nicht sagen, daß wir wirklich so reden sollen, aber wir müssen nur genau die Redeweise der damaligen Zeit beachten. Aus den Worten erkennt man den Sinn, und so

---

2) Es ist, wie bei der Ausübung einer fremden Forderung. Diese Ausübung geschieht durch einen interimistischen Repräsentanten (procurator in rem alienam, gleichsam sine re) oder durch einen definitiven (in rem suam; gleichsam cum re). Aber in diesem letzteren Fall ist darum der procurator doch nicht der eigentliche Gläubiger geworden, ebensowenig wie der b. possessor cum re: Erbe.

3) Ganz etwas Aehnliches ist, wenn wir sagen: Volksschlüsse und Kaiserconstitutionen sind Gesetze. Die Römischen Juristen haben gar nicht diesen gemeinsamen Begriff, sie lehnen Alles Spätere, Constitutionen, SCta etc. an die Volksschlüsse an, und sagen, sie hätten legis vicem.

zeigen ſie auch hier, daß die b. p. damals durchaus noch nicht den Begriff des definitiven Erbewerbens in ſich als nothwendiges Requiſit aufgenommen hatte.

Wenn aber die b. p. ſchon unter Diocletian das geworden war, was ich vorher ausgeführt habe, ſo mußte ſich nothwendig auch die Redeweiſe ändern, und das iſt denn auch ſehr klar zu erkennen. Aus den Conſtitutionen vor Diocletian iſt wenig von dem Uebergange der Terminologie zu bemerken, weil wir deren verhältnißmäßig nur wenige haben. Was wir hier finden, ſchließt ſich mehr noch an die frühere Anſchauungsweiſe [4]). Aber in der großen Zahl der Conſtitutionen von Diocletian und Maximian tritt die Umgeſtaltung unverkennbar hervor.

Als der dritte Ausdruck, welcher definitives Erbrecht bedeutete, und ſo gleichmäßig die **hereditas** und **bon. possessio** in ihrer jetzigen Bedeutung umfaßte, lag wohl keiner näher, als das Wort **successio**. Die frühere Sprache kannte es ja ſchon genügend [4a]), aber als techniſche Bezeichnung des einen jetzt vorhandenen Erbrechtsbegriffes tritt es erſt unter Diocletian hervor. Dies beweiſen ſchon die oben citirten Stellen, worin **successionis vindicatio** gleichmäßig die Erbrechtsklage des **heres** und **bon. possessor** bezeichnet.

Folgende Stellen Diocletians ſind nun noch hinzuzufügen.

1) **l. 3. C. unde legit. — Nepotibus avi materni pro virili portione etiam jure honorario successio defertur.**

2) **l. 4. C. de legit her. — Si aut nullum testamentum nepos patrui tui ordinavit, aut intra quatuordecim**

4) l. 1. C. de legit. her. (Alexander. 223.) l. 3. C. de jure del. Gordian. 241.) l. 3. C. de legit. her. (Decius. 250.) — l. 5. C. de jure del. (v. Valerian und Gallen 257.) iſt ſchon der Diocletianſchen Redeweiſe näherſtehend.

4a) ſ. z. B. fr. 40. pr. de legat. III. fr. 1. §. 17. si quadrupes. Von großem Intereſſe iſt fr. 1. §. 4. de munerib. et honorib. (von Hermogenian), worin das civili vel honorario jure succedere ganz im Sinne der ſpäteren Kaiſerzeit gebraucht wird, als das definitive Erbewerben im Gegenſatz von bloß interimiſtiſchen Beſitzesverhältniſſen, wie die missio ventris nomine oder die b. p. Carboniana, bei denen ein curator bonorum vorkommen kann.

annos constitutus fecit, et agnationis jure successio ejus tibi delata est, etiam citra bonorum possessionis subsidium legitimo jure subnixus es.

3) l. 13. C. de jure del. — Suum heredem omissa bonorum possessione paternam successionem obtinere potuisse, certi juris es.

4) l. 8. C. de suis et legit. — Apud hostes patre defuncto, filia communis vobis, quo casu mortis scientia non postulatur, heres exstitit sua, et ad te transmisit successionem.

5) l. 14. C. de jure delib. — Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit jure — — — heres tamen effectus contra possidentes experiri potest.

6) l. 2. C. Quor. bon. — Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem etc.

7) l. 3. C. Commun. de succ. — Vitrico privigni successionem intestati civili vel honorario jure non deberi, certissimum est.

8) l. 10. C. eod. — Nutritoribus hoc nomine nec civili nec honorario jure defertur hereditas.

Wir sehen also das Wort successio in allen möglichen Verbindungen gebraucht: successionem vindicare, successio delata, successionem obtinere, quaerere, transmittere, wir finden diese successio entweder auf das Civilrecht oder das Prätorische gestützt, und in beiden Fällen gleichmäßig die Erklärung hinzugefügt, daß der Succedirende heres exstitit (Nr. 4.) oder heres effectus est (Nr. 5.), wir sehen sogar geradezu, daß hereditas jure honorario defertur. — Ich glaube diese Stellen, im Vereine mit den bei der her. pet. possessoria angeführten, genügen um zu zeigen, daß successio jetzt so viel ist, wie der einzige Begriff des definitiven Erbrechts [5]), der ganz gleichmäßig aus dem jus civile und honorarium hervorgeht.

5) Recht bezeichnend wird dieser Begriff des Definitiven ausgedrückt von Constantius in l. 7. C. qui admitti: — tunc enim emolu-

II. Hiermit hängen nun die anderen Stellen zusammen, worin von der Erbantretung die Rede ist, und stets die civile und Prätorische als offenbar bloß verschiedene Formen zur Erlangung eines und desselben Rechtes zusammengestellt werden. Die Römischen Juristen konnten sich das in dieser Vereinigung noch gar nicht so denken, da sie kein gemeinsames, die hereditas und die b. p. cum re bezeichnendes Wort haben. Sie unterscheiden so: um heres zu werden (ut heredes fiant), muß man entweder cernere oder pro herede gerere [6]); außerdem kann man aber noch b. possessionem agnoscere, wodurch man nicht heres fit, sondern nur heredis loco constituitur, und worin denn auch noch nicht immer liegt, daß man cum effectu bona retineat [7]).

Jenes Erstere (ut heredes fiant) nennen sie hereditatis aditio [8]), und es ist wohl zu bemerken, daß sie das so abtheilen, wie vorher angegeben ist, in die solenne her. ad. (die cretio) und die formlose, welche allgemein pro herede gestio heißt, aber dann noch wieder in die Antretung durch Handlungen und durch formlose Willenserklärung zerfällt. Die letztere, welche erst nach Labeo's Zeit als genügende Erbantretung anerkannt, und allgemein mit unter den Ausdruck pro herede gestio gestellt wurde, erwähnt Ulpian gar nicht [9]), Gaius spricht an einer Stelle allerdings davon, aber durch die Entgegensetzung von aut — aut deutet er die eigentlich gebräuchliche Bezeichnung an, woran dann nur noch durch ein vel als Nebenpunkt die nuda voluntas angeknüpft wird [10]), und so setzt er

mentum successionis videtur praetoris jure quaesitum esse, ähnlich wie für einen besonderen Fall sich schon l. 1. C. eod. (von Severus) ausdrückt. s. auch fr. un. pr. si pendente appell. mors interv.

6) Ulp. XXII. 5. 25. 26. Gai. II. 16. sq.

7) Ulp. XXVIII. 10—13.

8) Dies bemerkt schon v. Löhr, Magaz. III. S. 344. Note 1. Die simplex her. ad. dagegen scheint er mir nicht richtig zu bestimmen.

9) Ulp. XXII. 25. Extraneus heres si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres, si vero sine cretione, pro herede gerendo. 26. Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur etc.

10) Gai. II. 167. potest aut cernendo, aut pro herede gerendo

denn an einer anderen Stelle (II. 176.) auch nur das pro herede gerere dem cernere gegenüber.

Diese Terminologie befolgen auch noch die Kaiserconstitutionen. Sie unterscheiden bei der civilrechtlichen Antretung (hereditatis aditio) gleichmäßig immer nur die cretio und pro herede gestio, der letzteren wird die Willenserklärung, die für den heres in der Agnition der b. p. liegt, zugerechnet [11]), und Constantin [12]) nennt diese **pro herede gestio**, im Gegensatz zur solennen cretio, die **simplex aditio**, wobei er noch genau unterscheidet: die Erwerbung **arrepto rerum quolibet corpore** (oder wie Ulpian sagt: **qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur**) und **animi destinatione facta** (oder wie Gaius sagt: **nuda voluntate suscipiendae hereditatis**).

Während also in Bezug auf die Bedeutung von **hereditatis aditio**, und ihre Eintheilung in **cretio** und **pro herede gestio** die Kaiserzeit noch ganz den klassischen Juristen folgt, so findet sich dagegen der große Unterschied, daß nun dieser **hereditatis aditio** (mag man ihre zwei Arten besonders anführen oder nicht) stets die **bonorum possessionis agnitio** als ganz gleichartig beigeordnet wird, als offenbar bloß verschiedene Formen zur Erwerbung jenes einzigen jetzt vorhandenen Erbrechtes, der **successio**.

Dies zeigen folgende Stellen Diocletians:

9) **Consultatio veteris JCti.** (Bonner Ausg. S. 402.) — **Manifesti atque evidentis juris est, antequam cerneret vel pro herede gereret, vel bonorum pos-**

---

vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri. Es wird nachher erwiesen werden, daß man in früherer Zeit zur Erbantretung, wenn nicht die Form der cretio eintrat, doch wenigstens die factische Einmischung für nöthig hielt, um daraus zu ersehen, ob die Willenserklärung eine ernstliche war, und daß man dann erst später und zwar, wie im Text angegeben ist, erst nach Labeo die **nuda voluntas suscipiendae hereditatis** der **pro herede gestio** gleichsetzte, und mit unter demselben Worte begriff.

11) l. 12. C. de jure del. (Dioclet.). — **Puberum agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam ei fuit hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur.**

12) l. 1. Th. C. de legit. her. (V. 1.)

sessionem peteret defuncta, successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere[13]).

10) l. 4. C. unde legit. — Non hoc, an tenuerit quis res hereditarias, nec ne, sine voluntate acquirendae sibi hereditatis, quaerendum est, sed an admisit hereditatem vel bonorum possessionem[14]).

11) l. 8. C. de legit. her. — Si his, de quorum successione agitur, apud hostes defunctis secundum legis Corneliae beneficium jure agnationis adita hereditate vel petita bonorum possessione successisti, eorum substantiam vindicare non prohiberis.

12) l. 2. C. Comm. de succ. — Si pater tuus propiori sobrino tuo agnato constituto et intestato defuncto, civili jure adita hereditate, vel hoc ab initio non interveniente, seu capitis diminutione peremto, solenniter bonorum possessione admissa, successit, ac tibi patris tui quaesita hereditas est, adire praesidem provinciae debes, ac tutorem ejus de tutela convenire.

§. 129. Nach dieser Entwicklung des schon unter Diocletian vollkommen feststehenden Begriffs der successio, liegt es mir ob, die Umgestaltungen der einzelnen Erbklassen, soweit die successio daraus deferirt wird, nachzuweisen. Es theilt sich dies unter die drei Rubriken des Notherbenrechtes, der testamentarischen Succession, und des Intestaterbrechts. Bei der ersten und letzten derselben kann ich sehr kurz sein, bei der ersten, weil dabei nichts Wesentliches in der späteren Kaiserzeit verändert worden ist, bei der letzten, weil ich wohl ohne Tadel zu befürchten, ausscheiden darf, was für

13) Im Justinianeischen Codex (l. 7. de jure del.) fehlen die Worte cerneret vel.

14) Hereditas ist hier offenbar in doppelter Bedeutung genommen. Das letztemal für Civilerbrecht, vorher aber in dem gemeinsamen Sinn, wonach es Civil- und Prätorisches Recht umfaßt, also gleichbedeutend mit dem gewöhnlicheren Wort successio, in welchem Sinn wir heres und hereditas schon in Nr. 5. u. 8. gebraucht gefunden haben.

den Gang der Untersuchung nicht nothwendig ist, und dessen Darstellung, ohne weitere Frucht darzubieten, viel Raum erfordern würde. Die Entwicklung des gesammten Intestaterbrechts bis auf Justinian (worin sich **bon. poss.** und **hereditas** nicht mehr trennen lassen würde), wird man in diesem Werke wohl schon von vorn herein nicht erwarten. — Nur bei der testamentarischen Successsion werden wir etwas länger verweilen müssen, da hier die Entwicklung des Prätorischen Testaments sich so eng an die bisher schon gegebenen Untersuchungen über die **b. p. sec. tab.** anknüpft, daß diese selbst erst durch die Feststellung des Endpunktes, zu dem man gelangte, ihre volle Sicherheit gewinnen können.

I. Im Notherbenrecht war in der Kaiserzeit neben dem formellen Recht der **sui**, das, wie wir gesehen haben, durch die **contra tab. b. p.** weiter ausgedehnt wurde, das viel weiter greifende materielle Pflichttheils- und Inofficiositätsrecht in fortwährendem Gebrauch. Beide auf so verschiedenen Grundlagen (jenes auf agnatischem, dieses auf cognatischem Recht) aufgebauten Systeme des Notherbenrechts erkennen sich auch nebeneinander in demselben Falle so viel als möglich an, was wir aus der Bestimmung der **c. t. b. p.** ersehen haben, daß die den **parentes et liberi** ausgeschriebenen Vermächtnisse und Institutionen bestehen bleiben.

Dies Nebeneinanderbestehen des formellen und materiellen Notherbenrechts setzen auch die Kaiser voraus, und namentlich Ersteres hat bis auf Justinians **l. 4. C. de lib. praeter.** seine Gestalt nicht verändert.

Interessant ist hier die Darstellung Valentinians III. [1]):

> **Ne tamen hoc testamenti genus plus justo muniisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querelam, vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utramque secundum juris et legum statuta servamus.**

Unter der **praeteriti actio** ist offenbar das formelle Civilnotherbenrecht und die **contra tab. b. p.** gemeint, und wir sehen daraus wieder die völlige Identität, unter die man die here-

1) Nov. Valent. III. de testam. XX. 1. §. 6.

ditas und b. p. stellte. Die her. petitio ab intestato und die aus der c. t. b. p. erscheinen völlig als eine einzige actio praeteriti, denn die Verschiedenheit in Bezug auf die Erbantretung (daß der fil. jam natus und der postumus vor der Klage eine her. aditio, die ceterae liberorum personae und die emancipati eine agnitio bonorum possessionis vorzunehmen haben) ist natürlich nicht von der Bedeutung, daß man nicht doch die Klage ganz und gar als eine einzige sollte auffassen können.

§. 130. II. Die testamentarische Succession.

Wir haben im vierten Kapitel des zweiten Buchs die Geschichte der Römischen Testamente und der sec. tab. b. p. bis zu dem wichtigen Rescript des Mark Aurel geführt. Es beginnt mit diesem eine neue Periode ganz anderer Art, und ganz anderen Charakters, als den wir für die frühere Zeit in dem ersten Bande ausgeführt haben. Vieles aus dieser neuen Periode kann ich nach Savignys Abhandlung über diesen Gegenstand [1]) als feststehend voraussetzen, indeß vermag vielleicht die folgende Darstellung noch manchen nicht unwichtigen Punkt in ein klareres Licht zu setzen.

Gleich in Beziehung auf den Anfangspunkt, von dem Savigny ausgeht — daß es nämlich schon zur Zeit der Republik ein civiles und Prätorisches schriftliches Testament gegeben habe — ist nach unseren früheren Untersuchungen die Anknüpfung dieser neuen Periode an die frühere anders zu denken.

Es gab, das setzen wir hier voraus, vor Mark Aurel ein einziges Testament, das Mancipationstestament. Dies konnte schriftlich oder (was aber seltener vorkam) mündlich (testamentum nuncupativum) errichtet werden. In beiden Fällen gab dann auch der Prätor daraus eine b. p. (secundum tabulas und secundum nuncupationem), welche, auf Wahrscheinlichkeitsrechnungen gebaut, darauf berechnet war, dem ver-

1) Zeitschr. f. gesch. R. W. I. S. 78. ff. Dernburg Gesch. d. R. Test. S. 250 führt, Savigny widersprechend, eine Ansicht voll der gewagtesten Combinationen aus, die eine Vergleichung mit den hier ziemlich einfachen und übereinstimmenden Quellenzeugnissen nicht aushält.

muthlich auch nach Civilrecht gültig eingeſetzten Erben, raſch den Beſitz des Vermögens zu verleihen. Nur an die eine dieſer **b. possessiones**, nämlich die **secundum tabulas**, hatte außerdem der Prätor den Satz geknüpft, daß wenn ſich auch das Teſtament nach Civilrecht als formell ungültig erwies, der Eingeſetzte, falls keine **legitimi heredes** vorhanden ſeien, das Vermögen behalten, alſo den Cognaten und Ehegatten vorgehen ſolle. Mark Aurel dehnte dies aus, ſo daß der Eingeſetzte nun auch den **legitimi** durch **doli exceptio** vorging [2]).

Welche Folgen mußte, das fragen wir nun, dieſe letztere Beſtimmung hervorrufen?

Von vorn herein leuchtet das ein, daß das civilrechtliche ſchriftliche Mancipationsteſtament, ſo wie das **testamentum nuncupativum** und die hieraus zu erbittende **b. p.** davon gar nicht afficirt werden. Ob mit der Zeit hierin nun doch Veränderungen eingetreten ſeien, darauf werden wir nachher wieder zurückkommen.

1) Gehen wir erſt auf jene **b. p. sec. tab.** aus dem ſchriftlichen Mancipationsteſtament, worauf ſich Mark Aurels Reſcript allein bezieht, genauer ein. Bisher war dieſe **b. p.**, ebenſo wie die **secundum nuncupationem** aus einem nuncupativen Teſtament, lediglich eine eigenthümliche Folge, ein **annexum** des ſchriftlichen Civilteſtaments geweſen, deren ſich der **scriptus heres** gern um der beſonderen Vortheile des **Int. quor. bon.** willen bediente. Von einem ſelbſtändigen Gegenüberſtehen dieſer **b. p.** und des civilen Teſtaments konnte ebenſowenig die Rede ſein, als dies beim nuncupativen der Fall war. Es war nur eben der Keim der ganzen Rechtsänderung bereits vorhanden, daß nämlich, wenn es auch kein formell gültiges Civilteſtament war, es doch wenigſtens, ebenſo wie das **irritum** und **ruptum testamentum**, den Prätoriſchen Inteſtaterben vorgehen ſollte. Bisher hatte das immer nur den Charakter der Ausnahme, die ſelten vorgekommen ſein mag,

2) Die anderen beiden Fälle des ruptum und irritum testamentum, welche wir oben noch neben dem non jure factum haben kennen lernen, habe ich hier nicht weiter in die Unterſuchung hineinzuziehen. Es wird davon noch wieder im Juſtinianeiſchen Rechte die Rede ſein.

denn es war doch das Interesse der Testatoren selbst, wenn sie einmal ein Testament machten, nun auch ein vollkommen gültiges, wodurch auch die Agnaten ausgeschlossen würden, zu errichten; nur wenn ausnahmsweise einmal aus Versehen die Formalitäten der **fam. manc.** und **nuncupatio testamenti** ausgeschlossen oder fehlerhaft vorgenommen waren, kann man sich vor Mark Aurel das Eintreten jenes Aushülfssatzes denken. Seitdem aber gewinnt die Sache offenbar eine ganz andere Gestalt, die Ausnahme wird zur Regel. Bei einem Testamente ist ja das doch jedenfalls die Hauptsache, daß der **scriptus** allen Intestaterben vorgehe, eine Urkunde also, welche die Kraft hat, dem darin Eingesetzten gegen jene sowohl Klage als **exceptio** zu gewähren, kann ebensosehr im natürlichen Sinn ein Testament genannt werden, als wir den einen Eigenthümer nennen dürfen, der im Haben einer Sache dauernd durch Klage und Einrede geschützt ist, auch wenn es ein dem Civilrecht und dem **dominium ex jure Quiritium** ganz unbekanntes Verhältniß ist.

Die **b. p. sec. tab.** ist jetzt nicht mehr ein reines **annexum** des schriftlichen Civiltestaments, sie ist etwas Selbständiges geworden, welches, auf eigenthümlichen Voraussetzungen ruhend, seinen ganz eigenen Rechtsschutz hat. Ebensogut wie man das **in bonis** als natürliches Eigenthum auffassen konnte, so durfte man jetzt die Urkunde, woraus **b. p.** erbeten wird, ein Testament nennen, und zwar zum Unterschiede vom Mancipationstestament sehr natürlicher Weise das Prätorische.

Wir können die Entstehung dieser Terminologie glücklicherweise noch ganz genau nachweisen. In den Pandekten ist, wie ich im ersten Bande bemerkte, von einem **testamentum praetorium** oder **praetorio jure factum** noch gar nicht die Rede; und in Gaius und Ulpian wird ebenfalls nur von dem Mancipationstestament, als dem einzig bestehenden gesprochen; das, was man später das Prätorische Testament nannte, hat noch immer die technische Bezeichnung **testamentum non jure factum** oder **imperfectum**; worin doch klar genug liegt, daß man dasselbe als etwas Ausnahmsweises, eigentlich Ungültiges, betrachtete, daß man es noch durchaus nicht

als eine selbständige Regel über ein zweites vollkommen gültiges Testament betrachtete.

Dies Festhalten der klassischen Juristen an der früheren Terminologie auch nach Mark Aurels Rescript trägt aber seine natürliche Erklärung schon in sich.

Das Rescript ist ja gar nicht auf Einführung eines neuen Testaments gerichtet, es dehnt nur den bisher schon beim **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum** bestehenden Schutz gegen die Cognaten, in ersterem Falle auch gegen die **legitimi** aus. In sich selbst ist es nur die Erweiterung einer schon vorhandenen Ausnahme; daß man eine allgemeine Regel darin fand, dazu mußte sich die Rechtsänderung erst gehörig ins Volk eingelebt haben.

Bisher hatte man doch die Vornahme der **familiae mancipatio** und die Aussprechung der **nuncupationis verba** als nothwendiges Requisit bei Errichtung eines Testaments betrachten müssen, jetzt hatte eine Urkunde auch ohne das Kraft gegen die Intestaterben, sobald sie nur von 7 Zeugen besiegelt worden war, aber daß man das nun als eigene ganz selbständige Testamentsform auffaßte, dazu mußte die Sache erst längere Zeit in der Praxis zur Ausübung gekommen sein, es mußte erst im Leben eine gewisse Häufigkeit der nach der Mark-Aurelschen Verordnung sich richtenden Testamentserrichtungen vorkommen. Erst als der Zahl nach ungefähr gleich viel Testamente nach der neuen Regel und nach der alten Ordnung im Leben errichtet wurden, konnte sich das Bewußtsein entwickeln, daß hier wirklich eine neue selbständige Testamentsform vorläge. Außerdem aber mußte, um noch eines besonderen Grundes willen, es offenbar schwieriger sein, und also länger dauern, bis sich dies Bewußtsein vollkommen feststellte, da es der Consequenz eines juristischen Princips, welches den Römischen Juristen sehr klar vor Augen stand, entgegentrat, und dies erst zu überwinden hatte. Ich meine Folgendes.

So lange für das **non jure factum testamentum** nur der Prätorische Satz bestand, daß der darin Eingesetzte den Cognaten und Ehegatten vorgehen solle, war der demselben gewährte Schutz sehr einfach dadurch erlangt, daß eben keine **b. p. unde cognati** und **unde vir et uxor** mehr ertheilt wurde, also der

scriptus das Vermögen behielt, wenn die Civilintestaterben es ihm nicht abforderten. Das Schutzmittel nun aber, welches ihm seit Mark Aurel gegen diese Letzteren gegeben wurde, war die Ertheilung einer doli exceptio oder umgekehrt die Verweigerung derselben, jenachdem der Eine oder der Andere klagend auftrat. Das Testament wird also gar nicht für ein vollkommen gültiges erklärt, an die Einführung einer neuen eigenen Form wird gar nicht gedacht, das Testament ist vielmehr **ipso jure** vollkommen ungültig, nur **per exceptionem** wird es aufrecht erhalten.

Es gehörte Zeit dazu, es erforderte ein tiefes Festwurzeln im praktischen Leben, ehe so etwas bei den Römern sich vollkommen umwerfen, und man das Testament als ein völlig (**ipso jure**) gültiges, dem Mancipationstestamente ganz gleichartiges beiordnen konnte. Ich glaube nicht zu viel zu sagen, daß erst unter Diocletian die alten Formen in der Klagenconception verschwinden, und das civile und Prätorische Recht sich erst in den Begriff der **successio** verschmelzen mußte, ehe dieses Endresultat zum klaren Bewußtsein kommen konnte.

Die Quellenzeugnisse sind denn auch mit dieser Annahme vollkommen im Einklang. Die erste Stelle nämlich, in der wir den Keim zu der weiteren Fortbildung erblicken, ist die von Paulus in der **Collatio XVI. c. 3. §. 1.:**

> **Intestati dicuntur, qui testamentum facere non possunt, vel ipsi linum, ut intestati decederent, abruperant: vel hi, quorum hereditas repudiata est, cujusve conditio defecerit. Sane jure praetorio factum testamentum objecta** [3] **doli exceptione optinebit.**

Das, wodurch sich diese Stelle von der Redeweise des Gaius unterscheidet, ist, daß für **non jure factum testamen-**

3) Daß so statt abjecta zu lesen sei, haben schon Viele vermuthet. S. d. Blumesche Ausgabe zu dieser Stelle, ferner Fabricius b. p. S. 145. Note 168. Lachmann Versuch über Dosith. auf der letzten Seite. Daß aber sonst der Satz nicht mit Lachmann verändert zu werden braucht (sive jure praetorio facto testamento objecta doli exceptione optinebitur), wird die im Text gegebene Erklärung rechtfertigen.

tum hier geradezu **jure praetorio factum** geſetzt wird. Zwiſchen beiden bildet Ulpian den Uebergang, der nur den Prätoriſchen Rechtsſatz angiebt, ohne das Reſcript zu erwähnen, und den einen oder den anderen Ausdruck zu gebrauchen [4]). Aber es iſt gar kein Grund vorhanden, daß nicht auch Gaius und Ulpian ſchon ganz ſo wie Paulus hätten ſprechen können, das Reſcript, worauf das Ganze ſich ſtützt, war ja ſchon vorhanden. Sie ſcheinen es nur eben nicht gethan zu haben, aus dem Grunde, den ich vorher angab. Die Sache mußte erſt im Leben mehr Wurzel faſſen, bis dahin blieb man noch immer auf dem bisherigen Standpunkt des Civilrechts ſtehen, und nannte das Teſtament ein **jure civili** ungültiges (**non jure factum**); ebenſogut aber konnte man denn auch bald es ein **jure Praetorio** gültiges nennen [5]). Und darin liegt, daß man jetzt anfing, es als eine ſelbſtändige Teſtamentsform dem Mancipationsteſtamente gegenüber zu ſtellen. Im Uebrigen aber ſtimmt Paulus noch ganz mit der Darſtellung von Gaius überein, er hebt ausdrücklich hervor, daß es nur **jure exceptionis** aufrecht erhalten werde, und wie er überhaupt das Ganze auffaßt, zeigt der Zuſammenhang, in dem es vorgetragen wird. Er ſpricht von der Inteſtatſucceſſion, welche eintrete, wenn Jemand gar kein oder ein ungültiges Teſtament hinterlaſſe. Von Letzterem werden mehre Beiſpiele angegeben, und ſehr bezeichnend wird nun mit **sane** (allerdings, freilich) die Ausnahme daran geknüpft, ſo daß der Sinn offenbar iſt, es trete auch hier eigentlich (**ipso jure**) Inteſtatſucceſſion ein, die aber durch **doli exceptio** doch wieder elidirt werde.

Ganz anders lauten nun aber die Stellen der ſpäteren Zeit, welche ſchon Savigny a. a. O. ausführlich geſammelt hat. Es wird ausdrücklich hier das civile und Prätoriſche

4) **Ulp. XXIII. 6.** Vielleicht ſprach er hinterdrein von dem Reſcript, und dieſe Worte ſind nur verloren gegangen.

5) Die Ausdrücke der Römiſchen Juriſten bei Gelegenheit des **irritum testamentum**: „**non enim de jure testamenti maxime quaeritur**“ (§. 107), ferner „**nam et testamentum valet.**“ (§. 110), endlich das „**utroque jure valebit tam civili quam praetorio**“ (§. 106 Note 3.) — ſagen ja ſchon faſt ganz daſſelbe. ſ. auch **fr. 14. de testib.**

Testament als etwas ganz Gleichartiges zusammengestellt [6]), ganz ebenso wie in jenen Stellen Diocletians, die wir haben kennen lernen, überhaupt das **jus civile** und **praetorium** als die Quellen, aus denen **hereditas** (oder **successio**) **defertur**, erscheinen. Man sieht also auch in der testamentarischen Succession, daß ein einziger Begriff des Erbrechts vorliegt, welches freilich auf verschiedenen Formen der Testamente beruhen, eben so gut wie es durch verschiedene Acquisitionsformen erworben werden kann, welches aber darum doch materiell sich eben so wenig unterscheiden läßt, wie dies nach jener Valentinianschen Stelle bei dem civilen und Prätorischen Notherbenrecht der Fall ist. Es ist nicht daran zu denken, daß bei den in Note 6. citirten Stellen man das **testamentum juris praetorii** noch ein **testamentum ipso jure nullum** und nur **ope exceptionis** gültiges nennen könnte, es wurzelt im Rechtsleben gerade eben so fest und mit derselben Kraft als das civile, es ist zwischen Beiden gerade derselbe Unterschied, wie wir heute etwa ein privates und ein richterliches Testament unterscheiden [7]).

Zwischen Paulus, der nur noch den Exceptionsschutz kennt, und Valentinian III. liegt diese Umgestaltung des Prätorischen Testamentes, und es wird also wohl nach den obigen Ausführungen bei weitem das Natürlichste sein, wenn wir sie mit der allgemeinen Umgestaltung des Begriffs der **b. p.** zusammenfallen lassen, d. h. ungefähr in die Zeit des Diocletian setzen. Es sind übrigens aus dieser Zwischenzeit von Paulus bis Valentinian noch ein paar bis jetzt nicht hieher gezogene Stellen

---

6) In der **Nov. Valent. III. de test. (XX. 1.)** heißt es ausdrücklich: Nam cum liceat cunctis **jure civili atque praetorio** — judicia suprema componere. In der Interpretatio zu l. 3. Th. C. de testam. (4. 4.) wird ebenfalls das testamentum **juris civilis u. juris praetorii** erwähnt; in der zu **Nov. Theod. II. de test. (XIII.)** heißt es: **si aliquis praetorio jure** condiderit testamentum. Savigny citirt noch **Isidor. Or. V. 24.**, wo ebenfalls vom testamentum **juris civilis** und **juris praetorii** die Rede ist.

7) So werden denn auch in der **Nov. Valent.** noch andere Testamentformen als ganz gleichartig hinzugefügt, wovon alsbald die Rede sein wird.

vorhanden, welche wir gleich in einem anderen Zusammenhange kennen lernen werden.

§. 131. 2) Die Wirkungen des Rescripts Mark Aurels sind jetzt entwickelt. Aus der früher sich ganz an das Mancipationstestament anlehnenden sec. tab. bon. poss. war ein eigenes Testament geworden. Wir haben nun einen zweiten Punkt ins Auge zu fassen, das Verhältniß des rasch aufgewachsenen neuen Institutes zu dem alten test. per aes et libram, welches früher allein die Herrschaft inne hatte. Ich habe schon bemerkt, daß Mark Aurels Rescript dieses Letztere an und für sich gar nicht betrifft, aber dabei bleibt es doch immer möglich, daß, indem sich nun ein selbständiges Prätorisches Testament entwickelte, dies seine bedeutenden Rückwirkungen auch auf jenes äußerte.

Jedenfalls steht das fest, daß es an Häufigkeit der Anwendung natürlich verlor, indem das Prätorische ihm darin gewiß gleichkam, vielleicht es sogar überwog. Aber ganz unterdrückt ist das Mancipationstestament nicht worden, seine Spuren finden sich im Abendlande auch nach Auflösung des Römerreichs bis in das neunte Jahrhundert hinein [1]) neben dem Prätorischen, und wir haben also genauer das Verhältniß zwischen beiden zu verfolgen. In der späteren Zeit ist der Unterschied entschieden der, daß das civile Testament vor fünf Zeugen errichtet, und nur von diesen besiegelt wird [2]), während das Prätorische sieben Zeugen und Siegel erfordert.

Wir finden darin eine auffallende Verschiedenheit von dem, was wir oben im ersten Bande für das Bestehen der sec. tab. b. p. vor Mark Aurel angenommen haben. Wie sich das Eine aus dem Anderen habe entwickeln können, ist jetzt darzustellen.

Ich glaube oben bewiesen zu haben, daß die obsignatio ein nothwendiges Requisit des schriftlichen Civiltestaments

1) Savigny a. a. O. S. 90. ff.

2) Savigny. S. 86. ff. Alle dort angeführten Stellen unterscheiden die quinque und septem testes, und in einigen (Isidor und l. 3. Th. C. de test.) werden auch ausdrücklich die fünf Siegel des Civiltestamentes angegeben.

von Anfang an gewesen ist, ebenso wie überhaupt bei der Errichtung auch anderer Urkunden die dabei mitwirkenden Solennitätszeugen dieselbe zu besiegeln hatten. Diesen Satz halte ich für unzweifelhaft, dagegen die Frage, wie viel Siegel ein Mancipationstestament erforderte, ist für die frühere Zeit mancherlei Bedenken unterworfen, und was ich darüber Bd. I. S. 168 geäußert habe, wurde, da überhaupt die ganze Sache an jenem Orte nicht erschöpfend untersucht werden konnte, nur dubitirend aufgestellt. Man kann darüber auch folgende ganz andere Ansicht haben.

Es scheint nämlich an sich vollkommen denkbar, daß von jeher bei dem Mancipationstestament nur die eigentlichen fünf Zeugen, nicht aber der **libripens** und **familiae emtor** regelmäßig siegelten, wobei freilich doch das wieder vollkommen sicher ist, daß die letzteren Beiden, als reine Solennitätspersonen, auch siegeln durften, falls etwa der Erblasser ein besonderes Interesse hatte, es zu wünschen. Nun scheint es für die frühere Zeit, z. B. Cicero's, vollkommen möglich, daß der Prätor seine **sec. tab. b. p.** ertheilte, wenn ihm ein mit fünf Siegeln versehenes Testament vorgewiesen ward, denn uns ist aus dieser früheren Zeit keine Nachricht über die Zahl der Siegel, sondern nur der Satz bekannt, daß der Prätor eine mit so viel Siegeln, als das Civilrecht verlangt, versehene Urkunde voraussetzt (**non minus multis signis signatae, quam e lege oporteat**). Erst später finden wir die Bestimmung, daß der Prätor entschieden sieben Zeugen verlangt [3]), es läßt sich also denken, daß dies auch erst später im Prätorischen Edicte aufgestellt worden sei. So wäre denn das Resultat, daß, während bisher aus jedem auch nur mit fünf Siegeln versehenen Testamente **b. p.** erbeten werden konnte, jetzt die Testatoren freilich noch immer ein vollkommen gültiges Mancipationstestament mit fünf Siegeln errichten durften, dagegen wenn sie dem **scriptus heres** auch die Vortheile der **b. p.** verschaffen wollten, darauf dringen mußten, daß auch der **fam. emtor**

3) Gai. II. 119. si septem signis testium signatum sit testamentum. Ebenso Ulp. XXIII. 6. Julian. in fr. 7. de b. p. sec. tab.

und **libripens** noch mitsiegelten [4]). An diese, erst durch das Prätorische Edict hervorgerufene Siebenzahl der Siegel hätte sich dann der Satz angeschlossen, daß, sobald nur sie vorhanden wäre, die Weglassung der reinen Mancipationsformalitäten den Cognaten und Ehegatten gegenüber nichts schaden solle, was nun Mark Aurel nur noch weiter ausgedehnt hätte. Diese Auffassung hat das Vortheilhafte, daß bei dem Mancipationstestament hiernach von jeher nur fünf Zeugen für nöthig erklärt werden, was so entschieden mit den späteren Quellenzeugnissen übereinstimmt. Aber sie führt die Uebelstände mit sich, daß wir alsdann annehmen müssen, der Prätor habe auf einmal ganz aus der Luft sieben Siegel verlangt, wofür ich wenigstens nicht den geringsten Erklärungsgrund wüßte. Die Sicherheit der Testamente gewinnt doch durch diese Erhöhung der Siegel von fünf auf sieben nicht das Geringste, und noch mehr, man würde sich mit jener Annahme in Folgerungen verwickeln, die entschieden mit den Quellen in Widerspruch stehen. Es würde, wenn wir voraussetzten das Edict erforderte sieben und das Civilrecht nur fünf Siegel, zur Zeit der klassischen Juristen einen Fall gegeben haben, wo einem **heres** die Agnition der **b. p.** zur rascheren Besitzergreifung versagt worden wäre. Ich will gar nicht hervorheben, daß dies gegen das ganze Princip und Wesen der **b. p.** anstoßen würde, daß es ein ganz unerhörter, nirgends in den Quellen hervorgehobener Ausnahmsfall wäre (und ihn anzugeben, würde doch wahrlich der Mühe werth gewesen sein!), da im Uebrigen die **b. p. alle heredes**, eben *weil* sie **heredes** sind, in sich aufgenommen hat [5]). Jene Auffassung ist einfach schon deß-

4) Denn unzuläßig war ja das keinenfalls.

5) Cic. in Verr. II. 1. c. 44 — **Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data.** — L. 2. C. de b. p. sec. tab. — „**jure civili testamentum factum videri, ac** (und also) **secundum nuncupationem b. possessionem deferri, explorati juris est.** — Jeder, der neues Civilerbrecht erhielt, trat auch von selbst in irgend eine Klasse der b. p. ein. — Man denke ferner an die Stellen, wo aus der civilrechtlichen Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments auf

halb unrichtig, weil die b. p. sec. tab. in den Quellen eine omnibus jure scriptis heredibus versprochene (§. 3. I. de b. p.), eine confirmandi juris civ. gr. proposita (Bd. I. S. 200.) genannt wird, eine Nachricht, deren Richtigkeit für die Zeit vor M. Aurel zu bezweifeln, nicht der geringste Grund vorhanden ist. (Gai. III. 36. fr. 14. de testibus.)

Wir müssen uns also doch zu der schon früher von mir geäußerten Ansicht zurückwenden, und daß diese auch in ihrer Zusammenhaltung mit dem späteren Kaiserrechte durchaus nichts Unwahrscheinliches hat, bedarf jetzt noch einer weiteren Begründung.

Wenn wir einfach die Edictsworte: non minus multis signis quam e lege oporteat, mit den Zeugnissen des Julian, Gaius und Ulpian (s. Note 3.) zusammenhalten, so ergiebt sich als die natürlichste Annahme, daß der Prätor die Zahl der sieben Siegel aus dem Civilrecht entlehnte, daß also das schriftliche Mancipationstestament von jeher nicht bloß von den fünf Zeugen, sondern auch vom familiae emtor und libripens besiegelt wurde. Dies ist deßhalb so sehr glaublich, weil Letztere, seitdem es ein schriftliches Testament gab, reine Solennitätspersonen waren, und man also sehr natürlicher Weise nur die Unterschiede zwischen dem emtor und den Uebrigen conservirte, welche sich in früherer Zeit festgestellt hatten, als die familiae mancipatio noch nicht eine reine Form war. Deßhalb nennen jene drei Juristen, zu deren Zeit doch so entschieden nur eine Testamentform anerkannt wurde, und von dem Prätorischen Testament noch nicht die Rede ist, sie nennen jene

---

die Zulassung oder Verweigerung der b. p. sec. tab. geschlossen wird. s. Bd. I. S. 187., ferner fr. 2. §. 4. de b. p. sec. tab. „Nam sicuti ad adeundem hereditatem proximi sunt, ita et ad b. possessionem admittendam. — Solch eine Schlußfolgerung (s. auch fr. 2. §. 5. de suis et legit.) hätte ein Römischer Jurist gar nicht aufstellen können, wenn es auch nur einen Fall gegeben hätte, wo ein heres ganz von der b. p. ausgeschlossen gewesen wäre, denn das ganze Princip wäre damit umgeworfen. Der Prätor, der ja nur ficti heredes macht, kann die wahren heredes nicht absolut ausschließen, er kann höchstens sie relativ hinter andere Personen stellen.

ſieben Zeugen gleichmäßig **testes**, ebenſo wie ſie Cicero **signatores** nennt [5a]); und es iſt doch wahrlich nicht glaublich, daß ſie nur in Bezug auf den ſingulären Fall des **non jure factum testamentum** jene ſieben Menſchen **testes** genannt hätten, während, wenn aus einem vollkommen gültigen Teſtament **b. p.** erbeten wurde, ſie ſich dieſes Ausdrucks enthalten hätten [6]).

Wir dürfen alſo wohl annehmen, daß es durchaus regelmäßige Sitte war, das Mancipationsteſtament mit ſieben Siegeln zu verſehen, und daß ſich daher, nicht aber aus einer willkührlichen Beſtimmung des Prätors, der Satz entwickelt hat, die b. p. könne auch nur aus einer mit ſieben Siegeln verſehenen Urkunde ertheilt werden. Dieſer Satz wurde nämlich allerdings ganz ſo poſitiv genommen, wie wir ihn hier ausdrücken, es war trotz jener negativen Faſſung der Edictsworte, entſchiedene Vorausſetzung, daß das Teſtament ſieben Siegel und nicht weniger haben dürfe. Wir ſehen das aus der eben citirten Stelle des Julian.

Aber freilich ſcheint hiebei Folgendes nichtsdeſtoweniger unläugbar. Die Beſiegelung des Mancipationsteſtamentes iſt gar keine ſich lediglich auf Teſtamente beziehende Nothwendigkeit, ſie war eine allgemeine Vorſchrift für alle **tabulae, quae publici privatique contractus scripturam continent**, d. h. für alle ſchriftlichen Rechtsgeſchäfte, bei denen Zeugen zugezogen werden. (B. I. S. 165. Note 13. S. 166. Note 15.) Wenn nun alſo eine gewöhnliche Mancipation z. B. in Folge eines wahren Kaufs vorgenommen wurde, ſo verſteht ſich doch von ſelbſt, daß der Käufer nicht mit unterſchrieb und ſignirte, und ebenſowenig wie dies möglich war, ſo dürfen wir auch

5a) ſ. auch Isidor. Or. V. 23. — Item testes dicti, quod testamento adhiberi solent: sicut signatores, qui (vielleicht quia) testamenta signant.

6) Die Stelle des Julian (fr. 7. de b. p. sec. tab.) enthält auch überhaupt gar keine Andeutung, daß nicht von der b. p. aus allen Teſtamenten, alſo natürlich vorzugsweiſe den völlig gültigen die Rede wäre. Die Worte lauten: Cum tabulae testamenti plurium signis signatae sunt, et quaedam ex his non parent, septem tamen signa manent, sufficit ad bonorum possessionem dandam septem testium signa comparere, licet non omnium, qui signaverunt, maneant signa.

die Signirung von Seiten des **libripens** für nöthig halten, Die Stelle von Paulus (**rec. sent. V. 25. 6.** f. Bd. I. S. 165), welche das **SC.** über diese Signirung mittheilt, spricht nur von **testes**, und es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß diese im engeren Sinn zu nehmen sind. Es war freilich natürlich, daß um größerer Solennität willen, auch der **libripens**, sowie der **antestatus** mit unterschrieben, aber es ist wohl zu bemerken, daß dies nichts juristisch Nothwendiges war, durch dessen Unterlassung die Urkunde ungültig geworden wäre. Mir scheint dies sich entscheidend daraus zu ergeben, daß bei den Unterzeichnungen die Zeugen voran stehen, die des **libripens** und **antestatus** hinterdrein, obgleich die Würde des **libripens** im Uebrigen der der Zeugen vorging [7]).

Wir dürfen also wohl sagen, daß eine Mancipationsurkunde vollkommen gültig ist, wenn sie auch nur von den fünf Zeugen signirt wurde, obgleich es freilich die regelmäßige Sitte war, daß auch die Siegel der anderen beiden Solennitätspersonen hinzugefügt wurden. Was aber von einer gewöhnlichen Mancipationsurkunde gilt, muß ebenso auch beim Mancipationstestamente Anwendung finden; und so scheint mir das Resultat nicht wohl bezweifelt werden zu können, daß, wenn es auch völlig verbreitete Gewohnheit war, das Testament mit sieben Siegeln zu versehen, und der Prätor daher dies zur Voraussetzung für die Ertheilung der **bon. pon.** machen konnte, dennoch von jeher auch eine ausnahmsweise nur von den fünf Zeugen besiegelte Urkunde ein vollkommen gültiges Mancipationstestament war.

Diese Annahme scheint mir schon in sich selbst durch die eben angegebenen Gründe vollkommen gerechtfertigt, ziehen wir nun aber jene Zeugnisse der späteren Kaiserzeit hinzu, worin die Fünfzahl der Siegel gerade als die regelmäßige Eigenthümlichkeit des Civiltestaments hervortritt, so dürfen wir sie viel-

7) **Huschke Flav. Syntrophi inst. don. p. 6. p. 52.** — Er vermuthet deßhalb nicht ohne Wahrscheinlichkeit, daß in früheren Zeiten auch lediglich die Zeugen unterschrieben hätten. Ein anderes Beispiel, wo fünf Zeugen unterschreiben, erwähnt Huschke Zeitschr. für gesch. R. W. XII. S. 204. Note.

leicht die einzig mögliche Ansicht nennen, um den ganzen historischen Entwicklungsgang uns überhaupt denkbar zu machen. Denn die Schwierigkeiten sind, wie wir gesehen haben, unübersteiglich, wenn wir auch für die früheren Zeiten dem Mancipationstestament lediglich die fünf Siegel zuschreiben, die sieben Siegel aber eine originale Prätorische Bestimmung nennen, und die Schwierigkeiten würden natürlich von der anderen Seite eben so unüberwindlich sein, wenn wir versuchen wollten, die klare Beweiskraft jener Stellen der späteren Zeit über die fünf Zeugen des Civiltestaments hinwegzuräumen.

Wenn wir mithin annehmen, daß, so allgemein die Sitte der sieben Siegel beim **test. per aes et libram** war, dennoch auch eins mit fünf Siegeln vollkommen civilrechtliche Kraft hatte, so drängt sich nun natürlich die Frage auf, ob denn aus einem solchen **b. p. sec. tab.** erbeten werden konnte?

Ich glaube mit voller Ueberzeugung und ohne alles Bedenken dies mit Ja beantworten zu können. Ebenso wie aus dem nuncupativen Testament, *weil* es ein civilrechtlich gültiges war, **b. p.** erbeten werden konnte, ohne daß davon Etwas im Edicte stand, so fordert auch hier das ganze Princip und der ganze Geist der **b. p.** dieselbe Behandlung. Jene Regel, daß *nur* aus einem mit sieben Siegeln versehenen Testament die **b. p.** erbeten werden könne, beweist dagegen nichts, ebenso wie wir oben gesehen haben, daß sie dem mündlichen Testament nicht entgegenstand. Der Prätor verspricht ja darin nur, daß, wenn ihm diese Bescheinigung geliefert wird, er sogleich die Urkunde als ein rechtmäßiges Testament *präsumiren* will, also dieser Beweis, als der am leichtesten zu erbringende und am ersten sich darbietende, zur raschen Erlangung des Prätorischen Besitzesschutzes führen soll [8]). Wenn daher Jemand kam und eine Urkunde vorwies, die nur fünf Siegel hatte, so erhielt er allerdings damit noch keine **b. p.**, denn der Prätor knüpft seine Präsumtion ja erst an das Vorhandensein von sieben Siegeln. Aber wir haben oben schon Fälle kennen lernen, wo der Mangel, der der **b. p.** entgegensteht, durch besonderen Beweis ersetzt werden kann. Wenn der Nachsuchende

8) S. das Genauere Bd. I. S. 171. ff.

darthut, daß die Mäuſe zwei Siegel abgefreſſen haben [9]), ſo wird die **b. p.** ertheilt, und eben ſo muß er ſie nun auch erhalten haben, wenn er etwa einen oder zwei der Zeugen mitbringt, und dieſe ausſagen, daß nur der **libripens** und **familiae emtor** nicht geſiegelt haben, ſonſt aber ein gültiges Mancipationsteſtament gemacht worden ſei. Formelle Beweisregeln ſind ja in allen dieſen Punkten nicht vorhanden, es kommt auf die Ueberzeugung des Prätors, wonach überhaupt die Ertheilung der **b. p.** gehandhabt wurde, an. Und ebenſogut, wie er auf die Ausſage von ein Paar Zeugen, daß ein gültiges nuncupatives Civilteſtament gemacht worden ſei (Bd. I. S. 199), die **b. p.** ertheilte, ſo muß dadurch auch hier in unſerem Falle der ausnahmsweiſe Mangel der zwei Siegel haben erſetzt werden können. Erſt hiedurch gewinnt die ſehr auffallende negative und unbeſtimmte Faſſung jener Edictsworte: **non minus multis signis, quam e lege oporteat** ihre volle Erklärung. Wenn das Prätoriſche Recht nie anders als beim Vorhandenſein von ſieben Siegeln **b. p.** zuließ, wie ſollte es kommen, daß dann nicht geradezu das Wort **septem** in das Edict aufgenommen wäre, das doch ſonſt in ſeiner Faſſung immer ſo präcis iſt [10])?

§. 132. Wir haben alſo im vorigen §. den Satz gewonnen, daß ſchon vor dem Reſcript Mark Aurels, ſo lange es überhaupt ſchriftliche Mancipationsteſtamente gab, die Beſiegelung der fünf Zeugen, ſo ſelten ſie auch vorkommen mochte, doch vollkommen genügend war, und daß der Prätor dies ebenfalls durchaus anerkannte. Es fragt ſich nun aber, ob ſeitdem jetzt die **sec. tab. b. p.** eine ſelbſtändige Haltung annahm und ihre Vorausſetzungen als ein eigenes Teſtament aufgefaßt wur-

9) fr. 1. §. 11. de b. p. sec. tab.

10) Dies bemerkt ſchon Savigny a. a. O. S. 86., der es überſetzt „die gehörige Zahl von Zeugen", „ein unbeſtimmter Ausdruck, der bei wechſelnden Zeugen begreiflicher iſt, als bei einer überall gleichförmigen." — Nur freilich halte ich es für unmöglich, daß man das **lege** anders deute, als lediglich **jure civili**, (Bd. I. S. 159.), daß alſo damit auch auf das Prätoriſche Recht ſelbſt hingewieſen werde.

den, — ob das nicht auf die Geſtalt des Mancipationsteſtaments, und deſſen Verhältniß zu dem neuen Prätoriſchen ſeine nothwendigen Rückwirkungen äußern mußte?

Das Reſcript knüpft den Schutz des **scriptus** gegen die **legitimi heredes**, der damaligen allgemeinen Sitte zufolge, an das Vorhandenſein der ſieben Siegel [1]), von dem Teſtamente mit fünf Siegeln ſpricht es nicht, was ſich ja ſo entſchieden daraus beweiſt, daß in der ganzen Folgezeit die Hauptvorausſetzung des Prätoriſchen Teſtaments völlig conſtant gerade die Siebenzahl iſt. Es verſteht ſich nun freilich von ſelbſt, daß wenn ein Mancipationsteſtament nach der gewiß noch längere Zeit fortherrſchenden Sitte mit ſieben Siegeln verſehen war, daraus **b. p.** erbeten werden konnte. Aber die Bedeutung dieſer **b. p.** war doch eine andere geworden. Wenn früher die **legitimi** gegen den **scriptus** auftraten, ſo hing das Recht des Letzteren ganz von der Frage ab, ob ein der Form nach gültiges Civilteſtament vorliege, jetzt dagegen brauchte er ſich auf dieſe Unterſuchung gar nicht mehr einzulaſſen, indem, falls auch die Mancipationsformalitäten unterblieben wären, er jedenfalls durch **doli exc.** geſchützt war. Es iſt, wie ſchon öfter hervorgehoben wurde, ein ſelbſtändiges, vom Civilteſtament unabhängiges Recht geworden, was die **b. p.** ertheilt. Aber wenn die Frage, ob es ein Civilteſtament ſei, jetzt gar nicht mehr zur Unterſuchung kam, ſo mußte natürlich um ſo feſter an den Erforderniſſen feſtgehalten werden, an die nun einmal das Reſcript Mark Aurels jenen Exceptionsſchutz geknüpft hatte.

Hieraus entſcheidet ſich ſchon die Frage, ob jetzt noch, ebenſo wie früher, aus einem nur mit fünf Siegeln verſehenen Mancipationsteſtament **b. p. sec. tab.** erbeten werden konnte.

---

1) Gai. II. 147. — Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jure facta sunt — — nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres sec. tab. b. p. petere. — — Qui autem sec. tab. test. quae — non jure factae sint, — b. possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt b. p. cum re. Und dies richtet ſich eben nach den Regeln des Reſcriptes (Gai. II. 120.), die Vorausſetzung deſſelben ſind alſo die ſieben Siegel.

Ebenso wie ich dies für die frühere Zeit unbedenklich bejahen konnte, so scheint mir jetzt die Verneinung nicht minder einleuchtend. Die sec. tab. b. p. ist nichts sich noch an die Form des Mancipationstestaments Anlehnendes, sie hat eigenthümliche Voraussetzungen und eigenthümlichen Schutz erhalten. Ebenso wie in dem vorher erwähnten Fall gar nichts mehr darauf ankommt, ob ein Civiltestament vorhanden sei oder nicht, so kann auch hier die Berufung darauf, daß man jure civili heres sei, nichts ausmachen. Die sec. tab. b. p. hat ihr Princip verändert, nach der früheren negativen Fassung des Edicts (non minus etc.) wurde jeder scriptus heres zugelassen. Durch das Rescript des Markus ist jetzt (denn so finden wir es ja in der ganzen Folgezeit) die positive Bestimmung der sieben Siegel entschiedenes nothwendiges Erforderniß der sec. tab. geworden, wer diesem nicht genügen kann, darf die Vortheile derselben nicht in Anspruch nehmen wollen.

Dies wird durch folgende zwei Kaiserrescripte vollkommen bestätigt. Die erste Stelle haben wir schon in einem anderen Zusammenhange kennen lernen [2]), aber erst hier scheint sie mir ihr volles Licht zu erhalten:

> l. 2. C. de b. p. sec. tab. (Gordian.) — **Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati juris est.**

Der Gedankengang ist offenbar der: es will Jemand aus einem Testament die b. p. erbitten, und wie dies möglich sei, darüber belehrt ihn der Kaiser. Er unterscheidet, entweder ist es ein mündliches Testament, und alsdann ist es explorati juris, daß das civile Testament auch zu der sich daran anlehnenden b. p. berechtigt (denn daran ist ja durch Mark Aurels Rescript nichts geändert); oder es ist ein schriftliches,

2) Bd. I. S. 191. Das Citat enthält dort einen Druckfehler.

dann kann man nur nach der Vorschrift des Edicts b. p. bekommen, und es sei kein Zweifel, sagt der Kaiser (**in dubium non venit**), daß dies sieben Siegel fordert. Der Gegensatz, der hier zwischen dem **edictum Praetoris** und dem **jus civile** gemacht wird, jenachdem ein schriftliches oder mündliches Testament vorliegt, scheint mir auf den ersten Blick einleuchtend. Bei Letzterem kann man sich auf das **jus civile** stützen, bei Ersterem nicht, das schriftliche wird nur nach dem **edictum praetoris** beurtheilt, es genügt nicht mehr, daß nicht weniger Siegel da seien, als es **lege** oder **jure civili oportet**, das Edict fordert jetzt positiv sieben Siegel, ohne welche die **b. p.** nicht gegeben wird.

Dieser Gegensatz, den der Kaiser zwischen mündlichem (wo Civilrecht und Edict übereinstimmen), und dem schriftlichen macht (wo das Edict seine besonderen Regeln habe), zeigt doch mit Nothwendigkeit, daß er für das civile schriftliche eine andere Zeugenzahl voraussetzt, und daß aus einem solchen nicht so, wie es beim nuncupativen der Fall sei, die **b. p.** erbeten werden könne.

Die Stelle scheint mir hiernach vollkommen meine obigen Behauptungen zu bestätigen, und es kann wohl kein Zweifel sein, daß der Rechtszustand, wie sie ihn darstellt, aus dem Rescript Mark Aurels zu erklären ist. Sie ist die nächste Quellennachricht nach jener Paulinischen Stelle, worin wir zuerst den Namen des **Praetorio jure factum testamentum** finden, sie zeigt die selbständige Stellung, welche die **scc. tab. b. p.** einnimmt, und deutet uns mit Sicherheit darauf hin, daß dem ihr gegenüberstehenden civilen schriftlichen Testamente eine andere Siegelzahl eigenthümlich war, wenn wir auch noch keineswegs anzunehmen brauchen, daß die **quinque testes** damals schon regelmäßig allein gesiegelt hätten.

Die zweite Stelle, welche wir hier anzuführen haben, ist von Diocletian:

Consultatio vet. JCti. §. 6. (Bonner Ausg. S. 402.)
— Si secundum edicti formam [3]) **testamentum**

3) Es ist sehr möglich, daß, da hier sogar auf die Worte des Edicts verwiesen zu sein scheint, wirklich seit dem Rescript Mark Aurels die alte Fassung des Edicts **non minus multis signis** etc. durch die Worte **septem signis** ersetzt wurde.

obsignatum exstitit, bona, quae cum moreretur actor (auctor) tuus, ejus fuerunt, solenniter petes. Diocletian sagt hierin ganz dasselbe als Gordian, die Gültigkeit des Prätorischen Testaments richte sich ganz allein nach den Edictsregeln. Der Nachsatz der Stelle kann verschieden erklärt werden. Man kann unter dem **solenniter petes** die **hereditatis petitio possessoria** verstehen, also was Diocletian sonst **successionis** oder **hereditatis vindicatio** nennt. Wahrscheinlich aber ist mir, daß die Worte nichts Anderes heißen, als: **bonorum possessionem petes.** Das **solenniter petere** oder **admittere** ist ein gerade von Diocletian mehrfach gebrauchter Ausdruck für Agnition der **b. p.** [4]). In unserer Stelle heißt es nun freilich nicht **bonorum possessionem petes**, sondern geradezu **bona, quae cum moreretur auctor tuus, ejus fuerunt, petes.** Aber wir werden im vierten Kapitel sehen, daß das besondere **beneficium** der **b. p.**, außer daß sie definitives Erbrecht verleiht, noch immer die rasche Einweisung in den Besitz der **körperlichen Erbschaftsachen**, d. h. das **Int. quor. bon.** war. Daß diese körperlichen Sachen hier gemeint seien, sehen wir aus **l. 2. C. quor. bon.** [5]), wo ebenfalls von Diocletian der Einforderungsgegenstand des **Int. quor. bon.** mit denselben Worten: **quae cum moreretur ejus fuerunt** angegeben wird. Wir können also wohl unsere Stelle so verstehen, als wenn der Kaiser sagte: Du kannst die Besitzeseinweisung in die körperlichen Erbschaftssachen (d. h. die **b. p.** mit nachfolgendem **Int. quor. bon.**) **solenniter** nachsuchen.

Mag dies begründet sein oder nicht, so beweist doch jedenfalls diese Stelle so gut wie jene Gordianische, daß aus einem Testament mit fünf Siegeln, eben weil das kein Prätorisches Testament war, eine **b. p.** jetzt nicht mehr ertheilt wurde. Beide Stellen deuten darauf hin, daß wohl mehrfach in dieser Zeit Anfragen an die Kaiser ergingen, ob nicht aus einem gültigen schriftlichen Civiltestamente **b. p.** erbeten werden könne.

---

4) **l. 1. u. 2. C. Comm. de succ.**

5) Hier steht statt **solenniter petere b. p.** das gleichbedeutende **recte petita bonorum possessione.**

Die gleichlautenden Antworten, daß das Testament nothwendig der **edicti forma** entsprechen, also sieben Siegel haben müsse, lassen uns schließen, daß im Leben jetzt schon häufiger das Civiltestament, welches der **edicti forma** nicht entspricht, d. h. mit fünf Siegeln hervortritt. Und diese Umgestaltung der Sitte des Testirens müssen wir ja auch schon deßhalb ungefähr in diese Zeit setzen, weil sie in den späteren Quellennachrichten [6]) als so entschieden feststehend vorausgesetzt wird, daß es gezwungen sein würde, sie sich gerade eben vorher erst vollendet zu denken.

So sehr wir in der früheren Zeit, als die **b. p.** noch unter der leitenden Hand des Prätors stand, den Satz, daß aus einem civilrechtlichen Testament keine **b. p.** hätte erbeten werden können, für unmöglich halten mußten, so sehr ist dies in den späteren Zeiten, von denen wir jetzt reden, für natürlich zu erklären. Die Begriffe von **hereditas** und **b. p.** sind an und für sich gleich, um so mehr hält gerade diese Zeit, wie ich schon oben bemerkte, daran fest, wenigstens einige mehr äußerliche Unterschiede zwischen Beiden bestehen zu lassen. Es ist bei dieser testamentarischen Erbfolge nicht viel anders, als wir oben beim Notherbenrechte das Verhältniß des civilen Notherbenrechts und der **c. t. b. p.** aufgefaßt haben, obgleich sich hier zwischen dem civilen und Prätorischen Testament, der Zahl nach mehr Unterschiede aufstellen lassen. Sie mögen hier zum Schlusse zusammengestellt werden.

a. Das Civiltestament wurde mit **fam. emtor** und **libripens** nach den alten Mancipationsformalitäten [7]) errichtet, und

6) Diese die **quinque testes** des Civiltestamentes erwähnenden Stellen, welche Savigny bereits vollständig zusammengestellt hat, sind: **l. 1.** u. **3. Th. C. de testam.** (Constantin und Arkadius) die **Interpr.** zu beiden. — **Nov. Theod. II. de testam.** (**tit. XVI.**) und die **Interpr.** dazu. — **Nov. Valent. III. de test.** (**XX. const. 1.**) — **Ed. Theodorici. tit. 28.** — **Lex Rom. Burg. tit. 45. de testam.** (in der Barkowschen Ausgabe ist dazu noch citirt die **Lex Burgund. tit. 43.** (s. Savigny Gesch. des R. R. im M. II. S. 7. Note d.) — **Isidor. Origines V. 24.** — s. ferner Savigny Gesch. ꝛc. II. S. 222. Note c. und S. 235.

7) Daß auch diese mit der Zeit durch etwas Anderes ersetzt wurden, wird weiter unten nachgewiesen werden.

von den fünf Zeugen beſiegelt. Natürlich konnte es auch noch immer von jenen erſteren beiden mit beſiegelt werden, und dann die **b. p.** zur Folge haben, was aber, wie wir gleich unter **b.** ſehen werden, wenig practiſches Intereſſe gewährte. Das Prätoriſche Teſtament fordert nicht die Mancipationsformalitäten, dafür aber ſieben Siegel. Bei beiden Teſtamenten müſſen die Zeugen **cives Romani** ſein [8]), und im Uebrigen iſt für das Prätoriſche Teſtament ganz der Satz der alten **secundum tab. b. p.** beſtehen geblieben, daß in Bezug auf die innere Gültigkeit, Fähigkeit der Zeugen und **unitas actus** durchaus die Grundſätze des Civilrechts gelten.

b. aus dem Civilteſtament wird die Erbſchaft durch **her. aditio**, aus dem Prätoriſchen durch **b. possessionis agnitio** erworben. Aus dieſer Agnition ging dann nicht bloß wie aus jener **aditio**, die **successionis** oder **hereditatis vindicatio**, ſondern auch das poſſeſſoriſche **Int. quor. bon.** hervor. Aus dem Civilteſtamente konnte man alſo, wenn es nicht ausnahmsweiſe ſieben Siegel hatte, dies Interdict nicht erlangen, aber durch die **missio** aus dem Hadrianiſchen Edict gelangte man zu demſelben practiſchen Reſultat. Das Verhältniß dieſer beiden Rechtsmittel werden wir ſpäter noch genauer ins Auge zu faſſen haben.

c. Ein beſonderer Unterſchied zwiſchen beiden Teſtamenten beſteht noch in einem ſingulären Fall, der aber, weil er ſehr ſelten vorgekommen ſein kann, wenig Bedeutung hat, und deßhalb in der bisherigen Darſtellung gar nicht erwähnt worden iſt. Wenn nämlich der Erblaſſer zwei Teſtamente hinterläßt, und beide, oder wenigſtens das Letztere, Civilteſtamente ſind, ſo wird natürlich das frühere durch das ſpätere ſtets rumpirt. Wenn aber umgekehrt das erſte Teſtament ein civiles, das zweite ein Prätoriſches iſt, ſo konnte die **hereditatis petitio** des erſten **scriptus heres** die **b. p.** des ſpäter Eingeſetzten zur **sine re** machen, denn der ſchon vor dem Reſcript Mark Aurels beſtehende Prätoriſche Schutz ging ja nur gegen Cognaten und Ehegatten, das Reſcript bezog ſich aber lediglich auf die

8) **Lex Rom. Burg. tit. 45. — Cives Romani adhibendi sunt numero competenti, vel quinque vel septem.**

legitimen Inteſtaterben, gegen einen civilen Teſtamentserben blieb alſo der b. possessor immer noch ſchutzlos [9]). Aber in einem ſpeciellen Falle wurde er ausnahmsweiſe doch (gewiß ebenfalls durch doli exceptio) dem civilen Erben vorgezogen, wenn er (der b. possessor) nämlich zugleich nächſter Inteſtaterbe war [10]).

Dieſer ganze Unterſchied konnte überhaupt nur ſo lange beſtehen, als man in klarem Bewußtſein behielt, daß das Prätoriſche Teſtament doch nur vi exceptionis Kraft habe. Als aber dieſe Anſchauung ſich verlor, mußte er von ſelbſt hinwegfallen, und allgemein der Satz gültig werden, daß ein civiles Teſtament durch jedes ſpätere Prätoriſche rumpirt werden könne. Die Umgeſtaltung, welche der in fr. 2. de inj. rupt. test. enthaltene Ausnahmsſatz in der Nov. Theod. II. tit. 16. (de testam.) §. 7. erlitt, zeigt doch wohl genügend, daß damals von der urſprünglichen Bedeutung dieſer Ausnahme, alſo auch der Regel nicht mehr die Rede war.

§. 133. — 3.) Nachdem wir jetzt entwickelt haben, wie die alte ſich an das Mancipationsteſtament anlehnende sec. tab. b. p. zu einem ſelbſtändig, jenem gegenübertretenden Teſtament geworden war, iſt noch mit kurzen Worten des nuncupativen Teſtamentes zu gedenken, das von jeher bei den Römern, wenn auch ſelten, in Gebrauch war. Es bedarf wohl keiner weiteren Entwicklung, daß die ganze bisherige Darſtellung von ſelbſt auch das Reſultat ergiebt, daß dieſe Teſtamentsform von allen den Veränderungen, die ſich mit dem ſchriftlichen Teſtament zutrugen, völlig unafficirt, daß auch das alte ſchon durch den Prätor begründete Verhältniß der b. p. zu dieſem civilen Teſtamente ganz daſſelbe bleiben mußte. Nachdem die Agnition der b. p. ſich als definitiver Erbſchaftserwerb neben die her. aditio geſtellt hatte, lag in ihr nur noch

9) An dieſen civilen Teſtamentserben denkt Ulpian XXIII. 6. bei den Worten: si nemo alius jure (civili) heres sit. Gai. II. 149. gedenkt des Falles ausdrücklich.

10) fr. 2. de injusto rupto. — Vergleiche über dieſe Stellen und über die duplex interpretatio derſelben nach heutigem Recht Fabricius b. p. S. 125 ff. — ſ. überhaupt oben §. 110. Nr. 1.

das besondere Moment, daß der Eingesetzte, neben der **her. pet.** auch das **Int. quor. bon.** erhielt. — In der späteren Kaiserzeit tritt dies nuncupative Testament sehr viel mehr in den Quellen hervor, wir dürfen also auch wohl schließen, daß es häufiger im Leben vorgekommen ist, als früher. Außer den Bd. I. S. 193. citirten Stellen, und der oben schon erklärten **l. 2. C. de b. p. sec. tab.**, ist hier besonders zu erwähnen die **Nov. Valent. III. tit. XX. §. 2.:**

> **Nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere etc.**

Daß hier das nuncupative als ein drittes Testament dem civilen und prätorischen gegenübergesetzt werde, findet Savigny [1]) auffallend, und erklärt es daraus, daß damals wohl schon die Mancipation bei demselben hinweggefallen sei. Allein mir scheint, so wenig ich Letzteres läugnen will, die Sache eines besonderen Erklärungsgrundes gar nicht zu bedürfen. Der Kaiser setzt sehr kenntlich durch das wiederkehrende **liceat** nur drei Hauptarten der Testamente einander gegenüber: **a.** das schriftliche, welches wieder in das civile und Prätorische zerfällt; **b.** das mündliche, dessen es nur eine Art giebt, und **c.** das richterliche. Mir scheint es im Gegentheil nothwendig, daß hier des nuncupativen besonders Erwähnung geschah, da man, wenn vom civilen im Gegensatz des Prätorischen die Rede war, dabei immer nur an das schriftliche Testament dachte [2]). —

Ich muß hier noch besonders darauf aufmerksam machen, daß überhaupt die ganze Stellung des nuncupativen Testamentes, welche sich von selbst aus unserer bisherigen Darstellung ergiebt, und so vollkommen durch die Quellen der späteren Zeit bestätigt wird, einen gewichtigen Rückschluß für die Richtigkeit unserer früheren Untersuchungen gewährt. Wir sehen das nuncupative Testament in der späteren Zeit mehr hervortreten, wir

1) Zeitschr. II. S. 95.

2) Dernburg Gesch. d. Test. S. 263. will unter dem nuncupativen Testament hier eine neu entstandene Art desselben verstehen; aber der Kaiser führt ja nur das bestehende Recht an, und so können wir doch nicht zweifeln, daß dies ganz dasselbe nuncupative Testament ist, welchem wir auch in den anderen Quellenzeugnissen begegnen.

stoßen nicht auf den geringsten Andeutungspunkt, daß es erst jetzt entstanden sei, und so findet unsere frühere Beweisführung, daß es von jeher bestanden habe, ihre volle Bestätigung. Wir begegnen bei diesem Testament einer sich daran anlehnenden **b. p.**, die eine ganz unerklärliche Singularität sein würde, wenn wir nicht früher dargethan hätten, daß die testamentarische **b. p.** überhaupt anfangs eine Klasse **confirmandi juris civilis** war, und daß nur eine eigenthümliche Rechtsentwicklung der **secundum tabulas b. p.** eine andere Gestalt gegeben hat. Ob ich diese Umgestaltung der alten **sec. tab. b. p.** zum Prätorischen Testamente überzeugend dargestellt habe, ob nicht gerade die hier angenommene Gestalt der früheren **sec. tab. b. p.** nothwendig vorausgesetzt werden muß, um einen ungezwungenen Entstehungsgrund für das Prätorische Testament zu haben, — darüber mögen Andere entscheiden. Jedenfalls wird man mir nicht hiebei entgegenhalten können, wie Walter gethan [3]), daß in der späteren Kaiserzeit das Civiltestament fünf Siegel gehabt habe, und daß Paulus von einem **jure praetorio factum testamentum** spreche, Umstände, deren Berücksichtigung auch schon vor Erscheinen dieses zweiten Bandes allenfalls mir zugetraut werden konnte.

Ich will nun kurz hier andeuten, auf welchem unsicheren, ja wir mir scheint unmöglichen Boden Walter die Entstehung des Prätorischen Testamentes aufzuführen versucht. Das Civiltestament wurde stets nur, so meint er, von fünf Zeugen besiegelt. Der Prätor forderte dagegen sieben Siegel, verlangte aber nicht die Mancipationsformalitäten, und die auf jenes Erforderniß der sieben Siegel gebaute **b. p. sec. tab.** war zunächst nur für den Fall berechnet, daß kein civilrechtlicher Erbe vorhanden war; erst Mark Aurel habe dies weiter ausgedacht. Also Walkers Ansicht ist noch extremer, als die im §. 131. hypothetisch aufgestellte und widerlegte. Alle dort angeführten Gegengründe sind daher auch hier zu wiederholen, es kommt nur noch Folgendes hinzu. Es hat nach Walters Ansicht nie eine **b. p.** gegeben, welche aus einem reinen Civiltestament (das ja nach seiner Meinung stets nur fünf Siegel hatte) ertheilt wurde.

3) Rechtsgesch. (2. Ausg.) II. S. 244.

Von diesem reinen Civiltestament sagt nun aber Gaius und Ulpian **hoc solum in usu est**; also wenn man das auch nicht so wörtlich nehmen wollte, als es in der That zu nehmen ist, so muß es doch jedenfalls heißen, daß es besonders häufig war. In den meisten Fällen mithin, wo Jemand mit Hinterlassung eines Testamentes gestorben war, konnte der **heres** nicht durch **b. p.** zum raschen Erbschaftsbesitz gelangen? Es mußte dann also gleich zuerst den Intestaterben **b. p.** deferirt werden, die alsbald freilich durch die **her. pet.** des **scriptus heres** wieder zur **sine re** wurde. Also der Prätor, der doch entschieden die Absicht hatte, so rasch wie möglich, den Creditoren Befriedigung zu verschaffen, konnte es gar nicht einrichten, daß der **scriptus heres**, wenn er auch gleich sich der Erbschaft annehmen wollte, dazu gelangte, sie mußte erst durch die Hände der nächsten Intestatklasse auf einem ganz unnützen Umwege umherwandern! Man sieht, zu welchen Consequenzen man gelangt, wenn man jene Absicht weiter verfolgt, und ich brauche nicht hervorzuheben, wie dies dem ganzen Principe der **bon. poss.** widerspricht; nur die eine Frage muß ich noch aufwerfen: wenn es bei dem schriftlichen Civiltestamente nie eine sich daran anlehnende **b. p.** gegeben hat, wie kommt es denn, daß sich sich bei dem viel selteneren mündlichen findet?

Ohne dies zu berücksichtigen, meint Walter, daß die **b. p. sec. tab.** bis Mark Aurel lediglich aus einer mit sieben Siegeln (das wäre also eine willkührliche neue Vorschrift des Prätors) versehenen Urkunde, bei der aber die Mancipationsförmlichkeiten fehlen konnten, gegeben wurde. Also die ganze **b. p. sec. tab.** bestand, nach Gaius Redeweise, recht eigentlich für das **non jure factum testamentum**, denn daß das Mancipationstestament auch sieben Siegel hatte, konnte doch nur höchst selten sein, da Walter ihm ja constant fünf Zeugen zuweist. Die **b. p.** gewährte auch ferner nur geringen Vortheil, denn legitime Intestaterben sind doch gar häufig vorhanden. Lediglich von diesem Falle des **non jure factum testamentum** [4]) müßten daher alle die Erörterungen der Römischen Juristen im Titel **de sec. tab. b. p.** zu verstehen sein, und wor-

4) Denn das ist ja das spätere Prätorische Testament. Es läßt sich

aus ſollte ſich nun jener Unterſchied von bedingenden und vernichtenden Beweiſen erklären laſſen, die ich doch aus den Quellen gerechtfertigt zu haben glaube, und die doch alle nur darin ihre Erklärung finden, daß die Ertheilung der b. p. eine Wahrſcheinlichkeitsrechnung in Bezug auf das Civilteſtament war [5])?

So könnte denn auch z. B. in der Stelle von Cicero (Topica 4.) von einem gewöhnlichen Teſtamente gar nicht die Rede ſein, denn aus einem Mancipationsteſtament mit fünf Siegeln wäre ja ſchon von vorn herein nach Walters Anſicht eine b. p. nicht möglich [6]).

Und wenn ferner die sec. tab. nur aus einem (nach Gaius Sprachgebrauch) **non jure factum testamentum** gegeben wird, wie ſoll denn Gai. III. 36. verſtanden werden [7])? Etwa nur von dem Falle, wenn das **jure factum testamentum** ausnahmsweiſe mit ſieben Siegeln verſehen war? Und wenn die Worte nur von einem ſo ſingulären Fall gelten, ſo ſollte das Gaius ganz mit Stillſchweigen haben übergehen können?

Ich breche hier ab, weil ich genug bewieſen zu haben glaube. Wollen wir nicht unſeren Quellen eine ganz unnatürliche gezwungene Stellung anweiſen, wollen wir nicht einzelnen Ausſprüchen derſelben direct entgegentreten, und wollen wir nicht der sec. tab. b. p. eine ganz unbegreifliche Anomalie im Gegenſatz zu den übrigen Theilen der b. p. zuſchreiben, ſo müſſen

---

auch überhaupt nicht einſehen, wie die Teſtatoren dazu hätten kommen ſollen, ſolch ein unwirkſames Prätoriſches Teſtament zu errichten.

5) ſ. Bd. I. S. 174. u. §. 73. Note 1.

6) Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam diminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. adjungitur enim, ut secundum servorum, secundum exulum, secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.

7) Nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed b. possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

wir den anderen, sichereren Weg wählen, den ich schon Bd. I. S. 170. hervorhob. Wir müssen annehmen, daß der Prätor sich anfangs bei mündlichen wie schriftlichen Testamenten ganz ans Civilrecht anschloß, alsdann erst erscheint es natürlich, daß der Prätor beim schriftlichen auch einen kleinen Schritt weiter ging, und es, wenn die Mancipationsförmlichkeiten fehlten, gegen die Cognaten schützte. Dieser Schritt ist an und für sich so unbedeutend, er gewährt nur so unsichere Aussicht auf Erfolg, daß er als ein ganz neu ohne den vorhergehenden ausgedachter ein wunderbares Beispiel unnatürlicher Rechtsgestaltung in der Römischen Geschichte bilden würde, während er, wenn man ihn sich an eine schon bestehende b. p. sec. tab. angeknüpft denkt, so unendlich natürlich ist. Seine Bedeutung hat er erst dadurch bekommen, daß er die Veranlassung des Rescripts von Mark Aurel wurde, aus dem sich das selbständige Prätorische Testament entwickelte.

Nach diesem Rückblick auf den ganzen geschichtlichen Verlauf der Testamentenlehre bleibt nur noch eine Frage zu erwähnen, nämlich ob die **Nov. Theod. II. de test. (tit. XVI.)** eine wesentliche Umgestaltung des bisherigen Rechtszustandes beabsichtigt habe oder nicht. Es ist in neueren Zeiten die Savignysche Erklärung wohl meist angenommen worden [8]), daß durch dies Gesetz das civile schriftliche Testament gar nicht aufgehoben werden sollte, indem von demselben gar nicht die Rede sei, und das Gesetz sich nur mit dem im Osten weit gewöhnlicheren Prätorischen, und nebenbei dem nuncupativen Testament beschäftige [9]). Bald sei denn auch das Mancipationstestament durch Nichtgebrauch im Osten ganz weggefallen, so daß Justinian durch alleinige Aufnahme des Theodosischen Gesetzes (l. 21.

---

8) Zeitschr. I. S. 87. ff. S. 92 ff. Dernburg. S. 262. Walter R. G. II. S. 245.

9) Dernburg hat die besondere Ansicht, daß dies nuncupative Test. vor sieben Zeugen erst durch dies Gesetz geschaffen sei.

C. de testam.) gar nicht den bisherigen Rechtszustand veränderte [10]).

Im Westen dagegen (wo dies 439 erlassene Theodosische Gesetz erst 448, also zwei Jahr nach der Nov. Valent. III. tit. XX. 1. publicirt wurde), sei das civile Testament noch viel verbreiteter gewesen, und habe sich hier, wenn auch die Mancipation dabei sich verlor, doch in den fünf Zeugen noch lange erhalten.

Mir scheint, daß die Sache anders aufzufassen sei. Eine unbefangene Durchlesung der ganzen Novelle führt uns allerdings, wie ich glaube, auf eine entschiedene Berücksichtigung des civilen schriftlichen Testamentes, so wie auch auf die Absicht des Kaisers dasselbe zurückzudrängen. Theodos beginnt damit, daß er den Privatleuten wieder vollkommene Freiheit im Testiren verschaffen wolle. Es sei nämlich für so Viele von Interesse, den Inhalt ihres Testaments zu verheimlichen, und in früherer Zeit sei auch demgemäß die Sitte des Testirens so eingerichtet gewesen, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht erfahren hätten.

> **Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblaturumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant.**

Das deutet doch sehr bestimmt auf das Mancipationstestament und die dabei gesprochenen Worte:

> **Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote** [11]).

Diese frühere Sitte sei später hinweggefallen:

> **Sed dum juris antiqui cautelam paullatim mutat posteritatis imperita praesumtio,**

und es sei die Regel an die Stelle getreten, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments zu agnosciren hätten. — Dies ist folgendermaßen zu verstehen. In der **generalis nuncupatio**, wie sie hinter der **mancipatio familiae** gesprochen wurde, hatte

---

10) Walter weicht darin ab, daß er erst in dieser l. 21. C. die Aufhebung des Civiltest. für den Osten findet.

11) Gai. II. 104. Isidor. Or. V. 24.

nach dem **jus antiquum** die **cautela** gelegen, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht erfuhren, jetzt aber forderte man nicht mehr das generelle **perhiberi testimonium**, mit Vorweisung der **tabulae** — was ja der Kaiser ausdrücklich den **veteres** als etwas Vergangenes zuschreibt, m. a. W. die alte **nuncupatio testamenti** wurde nicht mehr vorgenommen. Und wenn man diese Formalität nicht mehr observirte, so kann man doch die **familiae mancipatio** noch viel weniger beibehalten haben.

Walter leitet die Rechtsänderung, daß die Zeugen vom Inhalte des Testaments Kenntniß erhielten, aus der Sitte ab, daß man sie auch im Inneren unterschreiben ließ[12]), aber das folgt doch noch nicht direct hieraus, und man läßt heutzutage noch manche Urkunde von Zeugen unterschreiben, ohne daß sie vom Inhalt etwas erfahren. Mir scheint die Erklärung, auf die schon Savigny[13]) hinweist, sehr viel natürlicher. Die **generalis nuncupatio testamenti** des Civiltestamentes, die der Kaiser zuerst erwähnt, veränderte sich so (**mutat posteritatis imperita praesumtio**), daß man die Aussprechung der Wortformeln, denen ja die Kaiserzeit seit Constantin so abhold war, wegließ[14]), dagegen aber die Mittheilung des materiellen In-

---

12) Huschke Zeitschr. f. gesch. R. W. XII. S. 200. ff.

13) Zeitschr. I. S. 88.

14) Mir scheint es durchaus das Natürlichste, mit dem Wegfallen der **nuncupatio testamenti** zugleich auch das Verschwinden der **familiae mancipatio** anzunehmen, da Beide ja schon früher so durchaus gleichartig behandelt wurden (**Gai. II. 119.**), und man überhaupt, als sich die neue Sitte der Mittheilung des Inhalts geltend machte, diese offenbar als ein vollkommenes Aequivalent für alle bisherigen veralteten Formalitäten behandelte. — Diese Umgestaltung des schriftlichen mußte dann aber auf das civile mündliche Testament die Rückwirkung haben, daß man auch hier die Mancipation als unnütze Formalität abstreifte; und zu Theodos II. Zeit können wir sie also wohl als gänzlich antiquirt ansehen. — Nur ist der Unterschied zwischen dem schriftlichen und mündlichen Civiltestament, daß bei Letzterem trotz des Wegfallens der Mancipation stets die sieben Personen als Zeugen blieben, während beim schriftlichen der **libripens** und **fam. emtor** zugleich mit den Formalitäten verschwanden. Dies hat seinen Grund darin, daß man von jeher ein schrift-

halts des Teſtamentes an die Stelle ſetzte. Und dieſe Sitte mag denn auch auf das Prätoriſche Teſtament übertragen worden ſein, jedenfalls aber war ſie hier kein nothwendiges Erforderniß für die Gültigkeit des Teſtaments, weil es von Anfang an die Mancipationsförmlichkeiten nicht erforderte, alſo auch das, was an die Stelle derſelben getreten war, nicht zu einem nothwendigen Requiſite werden konnte.

Der Kaiſer will dieſe Mittheilung des Inhalts nun aufheben, und zu dem Zweck ſtellt er eine Alternative auf:

a. (§. 2.—5.) Wenn der Teſtator den Inhalt ſeines Teſtaments verheimlichen will (**si nullum scire volunt, quae in eo scripta sunt**), ſo ſoll es ihm freiſtehen ein ſchriftliches Teſtament zu machen (**licere per scripturam conficientibus testamentum**), welches dann, wenn es von ſieben Zeugen ſubſcribirt [15]) und ſignirt iſt, vollkommene Gültigkeit hat, ohne daß die Zeugen die Mittheilung des Inhalts verlangen können. Die genaueren Formen dieſes ſchriftlichen Teſtamentes (es iſt offenbar das bisher ſog. Prätoriſche) werden dann feſtgeſtellt, und wo dieſe fehlen, alſo namentlich nur fünf Zeugen da ſind, da ſoll es ein **imperfectum testamentum** ſein, welches keine Kraft hat (**Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus**). Nur in einem Falle ſoll nach §. 7. dies **imperfectum testamentum** vor fünf Zeugen noch Kraft

liches Teſtament mit fünf Siegeln für ein gültiges Civilteſtament anſah, und jetzt die Sitte, daß nur die fünf Zeugen beſiegelten, ganz allgemein geworden war. Als man daher nun die Mancipationsformalitäten durch Vorleſung des Inhalts erſetzte, mußten auch jene beiden Perſonen als ganz unnütz nach und nach verſchwinden. Beim mündlichen Teſtament dagegen war es eben nur eine Rückwirkung der Umgeſtaltung des ſchriftlichen, daß man die Mancipation allerdings wegließ, aber da hier nicht die beſonderen Gründe, wie beim ſchriftlichen vorlagen, ſo war es ſehr natürlich, daß man den bisherigen **libripens** und **familiae emtor** auch fernerhin als nothwendige Zeugen beibehielt, und ſich alſo hier die Siebenzahl der Zeugen eben ſo findet, wie beim Prätoriſchen Teſtamente.

15) Wenn die **subscriptio** die Veranlaſſung wäre, den Zeugen den Inhalt des Teſtaments zu verrathen, ſo hätte ja der Kaiſer gerade dieſe aufheben müſſen, während er ſie umgekehrt beſtehn läßt.

haben, wenn nämlich darin im Gegenſatz zu einem früheren **perfectum** die nächſten Inteſtaterben eingeſetzt ſind.

b. (§. 6.) Wenn aber der Teſtator ein nuncupatives Teſtament errichten will, d. h. kein Intereſſe hat, den Inhalt desſelben zu verheimlichen, ſo ſoll dies nicht anders gelten, als vor ſieben Zeugen. (**Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes etc.**)

Mir ſcheint hiernach aus doppeltem Grunde die Abſicht des Kaiſers erſichtlich, daß er das civile Teſtament von fünf Zeugen, bei dem ſtatt der früheren Mancipationsformalitäten die Mittheilung des Inhalts Regel geworden war, poſitiv aufheben will. Erſtlich führt er für das ſchriftliche Teſtament gar nicht erſt die ſieben Zeugen ein, ſondern er legt eben nur das Prätoriſche Teſtament zum Grunde, und erkennt dabei ausdrücklich an, daß der Inhalt deſſelben unbekannt bleiben dürfe [16]), aber indem er nun jedes andere Teſtament für **imperfectum** und ungültig erklärt, indem er das **imperfectum** vor fünf Zeugen nur in dem beſonderen Falle anerkennt, wenn es als **posterius** die Inteſtaterben ruft [17]), ſo liegt doch darin, daß er im Uebrigen das Teſtament vor fünf Zeugen nicht mehr dulden will. Zweitens. Die Art, wie nun dem Prätoriſchen das nuncupative Teſtament gegenübergeſetzt wird, zeigt den durchaus präceptiven Charakter, den das Geſetz in Beziehung auf dies Letztere annimmt. Zuerſt heißt es: **licere per scripturam conficientibus testamentum, — — rogatis testibus septem offerre**, alſo dieſe ſieben Zeugen ſind das alte Prätoriſche Teſtament, der Kaiſer beſtimmt dabei nur, daß es erlaubt ſein ſoll, ſo zu teſtiren, ohne den Inhalt des Teſtaments mitzutheilen. Nachher aber lauten die Worte: **Per**

16) Weil durch Gewohnheitsrecht die Mittheilung des Inhalts beim civilen Teſtamente nothwendig geworden war, ſo ſcheinen Zweifel entſtanden zu ſein, ob dies auch ebenſo beim Prätoriſchen anzunehmen ſei. Der Kaiſer verneint dies nun ausdrücklich.

17) Es iſt ſonderbar, früher hatte gerade das Prätoriſche dem civilen Teſtament gegenüber nur in jenem Ausnahmsfall rumpirende Kraft (§. 132. Note 10.), jetzt dreht es Theodos gerade um, und erkennt das civile nur noch in dieſem Falle an.

nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, non alias valere sancimus, nisi septem testes audierint [18]). Da nicht daran zu denken iſt, daß hier das nuncupative Teſtament vor ſieben Zeugen erſt geſchaffen werde, ſo können die Worte nur heißen, daß dieſes nuncupative Teſtament von jetzt an allein gelten ſoll, alſo eine andere Teſtamentsform hiermit aufgehoben wird. Nun aber iſt das civile ſchriftliche Teſtament vor fünf Zeugen, deſſen Inhalt, wie Theodos ſagt, mitgetheilt werden mußte, im Grunde nichts als ein mündliches, und der Kaiſer will eben nur das nuncupative vor ſieben Zeugen fernerhin gelten laſſen.

Alſo ſowohl die Art, wie Theodos das bisherige Prätoriſche, als auch wie er das bisherige nuncupative darſtellt, zeigt, daß er das civile ſchriftliche vor fünf Zeugen nicht mehr anerkennen will. Sein Gedankengang iſt offenbar der: entweder will Jemand ſeinen letzten Willen verheimlichen, dann mag er **jure praetorio** teſtiren, oder er hat nicht das Intereſſe der Geheimhaltung, dann ſoll er das alte nuncupative Teſtament vor ſieben Zeugen errichten, und dies nicht durch die Berufung auf das civile vor fünf Zeugen umgehen dürfen.

Geſetzlich war alſo dies letztere Teſtament hiermit verboten, und Juſtinian hat ganz dem Sinne des Geſetzes gemäß ihm die Stellung in der Compilation angewieſen, die es beabſichtigte. Aber ob es auch gleich im Leben die Sitte des Teſtirens umgeſtaltet hat, iſt eine andere Frage. Im Occident hat man es nie anerkannt, darüber iſt nach den von Savigny angeführten Stellen kein Streit. Sehr viel mag dazu beigetragen haben, daß in der ſieben Jahre ſpäteren Novelle Valentinians, wie wir oben geſehen haben, das civile Teſtament neben dem Prätoriſchen und nuncupativen noch durchaus anerkannt wird, wonach man ſich auch ferner richtete, wenn gleich

18) Savigny bemerkt dieſe Verſchiedenheit des Ausdrucks ſehr wohl (S. 94), erklärt ſie aber daraus, daß beim mündlichen Teſtament die Mancipationsförmlichkeiten damals ſchon außer Uebung waren, alſo **libripens** und **familiae emtor** ganz als Zeugen galten. Dies Wegfallen der **mancipatio** gebe ich vollkommen zu (indem ich es ja auch für das civile ſchriftliche Teſtament annehme), aber ich kann nicht finden, daß damit ſich jene Worte erklären laſſen.

das Theodosische Gesetz nebst mehren anderen zwei Jahr später in Rom publicirt wurde. So erklären sich das oben citirte **Edictum Theodorici**, die westgothische **Interpretatio**, und die **Lex Romana Burgundionum**.

Ja noch viel mehr, auch im Justinianeischen Rechte finden wir, wie mir ganz unleugbar scheint, das schriftliche Civiltestament vor fünf Zeugen noch fortbestehen; es ist das sog. **testamentum ruri conditum**, das Justinian ausdrücklich nur für die Gegenden anerkennt, wo es nach althergebrachter Gewohnheit noch in Uebung sei, und welches er mit der allgemeinen l. 21. C. de test. dadurch in Einklang bringt, daß er es nur dann zuläßt, wenn in diesen Gegenden sich keine sieben Zeugen zusammenbringen ließen [18a]). Der genaue historische Zusammenhang erhellt auch namentlich daraus, daß Justinian die ausdrückliche Mittheilung des Inhalts (welche das aus dem Wegfallen der Mancipationsförmlichkeiten hervorgegangene besondere Requisit des Civiltestamentes war, und die natürlich da, wo es sich überhaupt erhielt, auch bestehen blieb), ganz speciell als eine auch ferner zu befolgende Regel einschärft. Ich kann die Worte der l. 31. C. de testam. hiernach ohne allen weiteren Commentar folgen lassen:

> **Et ab antiquis legibus, et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Quum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est literarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideo ad Dei humanitatem respicientes, necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. Sancimus itaque, in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani,**

18a) Dernburg (S. 264.), der dies schon bemerkt hat, verwirrt es nur wieder dadurch, daß er es für sein nuncupatives Testament der späteren Zeit hält, welches vor fünf Zeugen auch ohne alle tabulae und mit beliebiger Anzahl Signationen hätte gemacht werden können

ubi et leges nostrae manifestae sunt, et literarum viget scientia, omnia quae in libris nostrorum Digestorum seu Institutionum, et imperialibus sanctionibus, nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari, nullamque ex praesente lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati, per praesentem legem rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere [19]), ita tamen etc. — — — Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhibere jubemus; minus vero nullo modo concedimus. Si vero unus vel duo vel plures scierint literas, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris jurati deponant. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat [20]).

19) Man ſieht aus der ganzen Darſtellung, daß nur in den Städten das ſchriftliche Teſtament vor ſieben Zeugen, welches noch bei den Baſilikenſcholiaſten testamentum Praetori cognitum (Heimbach IV. p. 86. ὅτε ἡ διαθήκη γνωρίζετη τῷ πραίτωρι) heißt, allgemein Eingang gefunden hatte, wogegen auf dem platten Lande auch im Orient das Civilteſtament vor fünf Zeugen im Gebrauch geblieben war, denn im Jahre 534. war ja der Occident, namentlich Italien nicht unter Juſtinians Botmäßigkeit, ſo daß er von dieſen Ländern nicht ſprechen kann.

20) Sehr merkwürdig iſt noch die Bemerkung des Baſilikenſcholiaſten (XLV. 1. 3. Heimbach IV. p. 471.): Consuetudo autem in omni testamento etiam quinque testes admisit. (ἡ δὲ συνήθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης καὶ πέντε μάρτυρας ἐδέξατο). — Danach ſcheint alſo, während Juſtinian das Prätoriſche Teſtament (abgeſehen vom nuncupativen) als alleiniges Recht feſthalten wollte, dennoch das geſetzliche Recht nie durchgedrungen, und das ſog. testamentum ruri conditum nicht als ein Ausnahmsrecht, ſondern ganz in der Stellung des früheren ſchriftlichen Civilteſtaments beſtehen geblieben zu ſein.

§. 134. Die Intestatsuccession.

Nach der weitläuftigeren Darstellung, welche Veränderungen sich in der späteren Kaiserzeit mit der testamentarischen Succession zugetragen haben, ist hier nur mit kurzen Worten der Intestaterbklassen zu gedenken. Ich habe oben schon die Gründe angegeben, weßhalb ich diesen an und für sich weitläuftigen Gegenstand aus diesem Werke ausschließe [1]). Es ist bei ihm schon von vorn herein am ersten zu ersehen, was ich oben auch für das Notherbenrecht und die testamentarische Succession angegeben habe, daß ein einziger Begriff des Erbrechts besteht, in vier allgemeine Klassen (der Descendenten, **legitimi, cognati** und **vir et uxor**) vertheilt; daß es allerdings einige Unterschiede macht, namentlich in Bezug auf die Erbantretung, ob innerhalb dieser Klassen **jure civili** oder **praetorio** succedirt wird, daß dies aber eine materielle Scheidung des civilen und Prätorischen Rechtes durchaus nicht mehr hervorruft.

Wir sehen dies schon aus der Darstellung jenes im §. 127. Note 6. angeführten Diocletianschen Rescriptes, wie auch aus den mancherlei von der Intestatsuccession handelnden Stellen, welche oben bei der Entwicklung des neu entstandenen Begriffs der **successio** benutzt wurden.

Die drei ersten Klassen der Intestatsuccession strebten insgesammt dahin, lediglich aus dem Principe der Cognation neu regulirt zu werden. Die Kaiser haben diesem Ziele sich nur sehr langsam und unvollständig genähert, und erst Justinian hat in Nov. 118. gethan, was schon mancher Kaiser vor ihm hätte thun können, um so weniger aber kann man sich wundern, daß, wenn sie das viel Wichtigere, den Unterschied zwischen Agnation und Cognation noch immer mit sich fortschleppten, sie weit weniger daran dachten, die im Verhältniß unbedeutenden Unterschiede zwischen Civil- und Prätorischem Erbrecht ganz zu vertilgen, da sich beide der Hauptsache nach schon von selbst verschmolzen hatten.

Aus dieser Verschmelzung erklärt sich, daß z. B. Stellen wie **l. 20. C. de episc. et cler.** (v. Theod. II. u. Valent. III.) eine Gesammtübersicht über sämmtliche Erbklassen liefern, ohne

1) s. darüber z. B. v. Vangerow Leitfaden 1. §. 408—410.

des Unterschiedes zwischen heredes und b. p. auch nur irgend zu erwähnen [2]), daß dieselben Kaiser an einer anderen Stelle statt wie in der ebenangeführten alle Klassen aufzuzählen, den Fall, wenn Jemand ohne civilen und Prätorischen Erben stirbt, kurz so bezeichnen: **si sine herede moriantur** [3]). Von ganz demselben Fall heißt es in der Nov. Anthemii tit. 3. „**qui sine herede putabatur**, wobei denn auch in §. 1. die ganze Intestatsuccession **legitima successio** genannt wird. Und ganz analog umschreibt Majorian die Intestatsuccession folgendermaßen: **si is, qui nulla testatori propinquitate conjungitur, neque ex iis personis est, quibus etiam ab intestato deferri quocunque gradu vel titulo poterat antiquo jure successio** [4]). Das Prätorische und Civilrecht, durch die Rechtswissenschaft zusammengearbeitet, erscheinen hier der späteren Zeit als ein einziges Ganzes, als **jus antiquum**, als **lex**, und der eigentliche Unterschied zwischen Beiden ist schon vorherrschend ein historischer, der hauptsächlich nur zur Erläuterung der doppelten im Erbrecht gebräuchlichen Wörter dient [5]).

2) Si quis — nullo condito testamento decesserit, nec ei parentes utriusque sexus vel liberi, vel si qui agnationis cognationisque jure junguntur, vel uxor exstiterit etc.

3) l. 4. C. de hered. decur.

4) Nov. Majoriani tit. 6. §. 11. So sagen auch schon Theodos und Valent. von den Ehegatten: ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant. l. un. C. unde vir et uxor.

5) Besonders lesenswerth ist auch noch l. 7. Th. C. de legit. her. v. Theodos II. und Valentinian III. — — Nunc vero parentibus exstantibus et propinquis ab intestato venire conjuges prohibemus. Itaque nulla mentio prioris legis sit, si qua hoc medio brevique tempore contigisse alicui dicatur conjugis ab intestato hereditas; et lege proposita divulgetur, omnem hujusmodi spem successionis, quae ab intestato defertur, conjugibus deponendam, nisi si ille casus emerserit, ut nemo de propinquis successionem mortui vindicare possit ex lege, cum fisco nostro qualiacunque jura matrimonii praeponamus. Hier sind alle Klassen der Intestatsuccession (außer der der Kinder), obgleich aus so verschiedenen Quellen entstanden, als ganz gleichartig neben einander gestellt. S. auch noch namentlich l. 1. u. 4. Just. C. de bon. vacant.

Drittes Kapitel.

Veränderungen in den formellen Agnitionsregeln.

§. 135. Schon unter Diocletian zeigt sich der materielle Begriff der b. p. als ein ganz anderer, wie er aus den Schriften der klassischen Juristen ersichtlich ist. Es mußte dies nothwendig auch auf die formellen Erwerbsregeln des Prätorischen Erbrechts seine Einwirkungen äußern. Die Veränderungen, welche die Kaiser hierin getroffen haben, sind insgesammt (wir werden das bei jeder einzelnen leicht erkennen) nicht mit dem Zwecke getroffen, civiles und Prätorisches Erbrecht zu verschmelzen, sondern sie erklären sich gerade umgekehrt daraus, daß diese Verschmelzung bereits vorliegt, und es danach nun auch nothwendig wird, eine größere practische Gleichheit bei der Antretung des civilen sowie des Prätorischen Erbrechts herzustellen. Wenn die Kaiser auf eine directe Vereinigung Beider ausgegangen wären, so wäre das ja so leicht gewesen, aber sie halten geradezu gewisse Unterschiede zwischen beiden nicht ungern fest, weil, wie ich schon oben angab, sämmtliche praktische Rechtsquellen die Trennung von **heredias** und **bonorum possessio** voraussetzen, und eine völlige auch äußerliche Zusammenschmelzung jene Quellen dem leichten Verständniß weit mehr entrückt haben würde, als wenn man einzelne Unterschiede von nicht großer Wichtigkeit unter ihnen aufrecht erhielt.

Wir werden dies im Folgenden mehrfach zu bemerken Gelegenheit haben, und also das Resultat gewinnen, daß eine völlige Verschmelzung des civilen und Prätorischen Erbrechts vor Justinian nicht erlangt worden ist; aber die Zeit drängte doch immer mehr dahin, auch in Bezug auf die Antretung des Erbrechts eine gänzliche Gleichheit eintreten zu lassen, und wir finden auch davon schon einige wohl zu beachtende Spuren, indem in einzelnen Fällen die Kaiser ausdrücklich erklären, es solle eine Agnition der b. p. nicht mehr nöthig, und eine ganz formlose **hereditatis aditio** völlig genügend sein. Die Fälle selbst sind durchaus willkührliche, und es hätte ebensogut auch zufällig ganz andere treffen können.

So werden wir aus Allem uns das Bild construiren können, daß die Kaiser in unserer Lehre nicht mit bewußter und wohlberechneter Ueberlegung die Rechtsfortbildung leiten, sondern sich ganz leiten lassen von dem, was, als der Aenderung bedürftig, entweder schon ein ganz oberflächlicher Blick oder der reine Zufall ihnen darbot. —

Die kaiserlichen Gesetze, welche sich auf die Antretung des Prätorischen Erbrechts beziehen, beginnen mit Constantin. Ich werde dieselben ganz nach der Zeitfolge, wie sie gegeben wurden, dem Leser vorführen, aber ich muß, wenn die Untersuchung verständlich und fruchtbringend sein soll, zwei andere Lehren mit hineinziehen, die **cretio** und die **missio ex edicto divi Hadriani**, welche, wie wir nachher sehen werden, in genauem historischen Zusammenhange mit der Entwicklung der Prätorischen Agnitionsregeln stehen. Es bedarf aber zu dem Ende, ehe wir das erste Constantinsche Gesetz kennen lernen, noch folgender Vorbemerkungen:

Zur Zeit Diocletians bestanden, wie wir oben gesehen haben, als Erwerbungsarten der **successio**, d. h. des definitiven Erbrechts die drei Formen: **cretio, pro herede gestio,** und **agnitio bonorum possessionis.** Jene ersteren Beiden werden auch zusammengefaßt unter dem Namen der **hereditatis aditio.** Betrachten wir alle drei noch etwas genauer, indem wir mit der letzten beginnen:

1) die Agnition der **b. p.** ist zu Diocletians Zeit durchaus nicht mehr, wie ich das oben ausführte, eine durch

das freie Ermeſſen des Prätors überwachte Handlung, nicht mehr die eigenthümliche, zum Zweck einer raſchen Erbſchaftsregulirung eingeführte, Ertheilung eines beſonderen Erbrechtsbeſitzes. Dies directe Eingreifen der Beamten, die abſichtliche Conſtituirung eines interimiſtiſchen Repräſentanten, bis der ſäumige wahre **heres** ſich meldet, iſt weggefallen. Die **b. p.** iſt ebenſo definitives Erbrecht geworden wie die **hereditas**, nur eben mit der Eigenthümlichkeit, daß, wer davon Gebrauch machen will, ſich beim Magiſtrat in beſtimmter Zeit melden muß, während dies bei der **hereditas** nicht nöthig iſt. Aus dieſer Agnition geht dann aber, ebenſo wie bei der **hereditatis aditio**, die **successionis vindicatio** hervor, und die Agnition hat nur noch außerdem die beſondere Folge, daß ſie zu einem eigenen poſſeſſoriſchen Rechtsmittel, dem **Int. quor. bon.** berechtigt, welches bei der **her. aditio** nicht der Fall iſt, und deßhalb war auch noch jetzt, wie zu Gaius Zeit, die Agnition für den Civilerben von Intereſſe.

Die Agnition war alſo zu Diocletians Zeit allerdings etwas ganz Anderes als früher, aber es war das eine innere Veränderung, hervorgerufen dadurch, daß die Handhabung der **b. p.** eine andere geworden war, daß das Prätoriſche Erbrecht jedem aus einer anderen Rechtsquelle deferirten Erbrecht ſich gleichgeſtellt hatte, d. h. ein Complex von Rechtsregeln war, nach welchem die Erbrechtsproceſſe entſchieden wurden, nicht mehr ein Syſtem, nach welchem der Prätor meiſt ohne allen Proceß die Erbſchaftsangelegenheiten regulirte.

Dagegen hatte ſich äußerlich an der Agnition noch nichts verändert. Es müſſen für dieſelbe nach Prätoriſchem Edict noch beſondere Formvorſchriften beſtanden haben, die wir nicht mehr kennen, da Juſtinian nach dem damaligen Rechtszuſtande ſie in die Compilation nicht aufnehmen konnte. Dennoch deuten uns die Quellen mehrfach darauf hin, und Einiges läßt ſich ſchon aus einem natürlichen praktiſchen Bedürfniß von vorn herein vermuthen. Daß der Prätor z. B. eine in hergebrachten Wortformeln je nach den verſchiedenen Klaſſen abgefaßte Urkunde [1]) dem **b. possessor** zu ſeiner Legitimation einhän-

1) Namentlich wohl mit Bemerkung des Todestages und der Agnitions-

digte, ſcheint mir dem Römiſchen Weſen ſehr zu entſprechen. Bei der Menge der Agnoscirenden konnte er ſelbſt doch unmöglich im Gedächtniß behalten, ob ſie Alle auch wirklich vor ihm erſchienen waren [2]).

Doch ſei dem wie ihm wolle, daß eine gewiſſe Formalität beſtand, zeigen die Quellen mit Sicherheit. So haben wir ſchon mehre Diocletianſche Stellen an einem anderen Ort kennen gelernt, worin von dem **solenniter petere** als geltendem Recht die Rede iſt [3]). Daſſelbe geht aus der ſpäter noch genauer zu erörternden l. 9. C. qui admitti hervor, wonach von jetzt an **qualiscunque testatio amplectendae hereditatis** genügen ſoll, was alſo früher anders geweſen ſein muß; und mit Rückſicht hierauf hebt Juſtinian im §. 10 I. de b. p. es nochmals beſonders hervor, daß **quocunque modo admittendi eam indicium** genügen ſoll [4]).

Neben dieſen Formen beſtand auch noch immer die ſich aus der früheren Prätoriſchen Zeit erklärende Regel, daß die Agnition vor dem **competenten** Richter geſchehen müſſe, was noch ein Reſcript von Conſtantius aus dem Jahre 305 anerkennt [5]).

2. **Die pro herede gestio** iſt an und für ſich die Erwerbung der Erbſchaft durch factiſche Handlungen, und dem ſtellte man auch gleich, ohne eine beſondere Klaſſe daraus zu machen, die Antretung durch bloße Willenserklärung [6]), welche man heutzutage **hereditatis aditio** im engern Sinne nennt. Mir ſcheint der oben ſchon geäußerte Gedanke ſehr erklärlich, daß die Römer früher meinten, wo nicht die beſonderen For-

---

zeit, worauf ja hinterdrein ſo viel für die Frage ankommen konnte, ob zur rechten Zeit agnoscirt ſei.

2) Ein Erbſchaftsfall konnte ſich ja auch durch das Amt mehrer Prätoren hindurchziehen.

3) ſ. oben §. 132. Note 4. und 5.

4) So auch l. 7 §. 3. C. de curat. fur. — **quum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata est, et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit petitione.**

5) l. 7. C. qui admitti. — **competens judex dedit bonorum possessionem.**

6) ſ. oben §. 128. zu Note 8—12.

men nöthig ſeien, da müſſe der Erbe wenigſtens durch factiſche Einmiſchung ſeinen ernſten Willen darthun. Um die **pro herede usucapio** auszuſchließen, war entſchieden Beſitzergreifung der Erbſchaftsſachen nöthig (Bd. I. S. 29), die Erbantretung muß gleichſam der Anfang ſein, wodurch man die Ernſtlichkeit an den Tag legt, die **pro herede usucapio** unmöglich zu machen. Freilich muß, wenn man ſeinen Willen in einer ſolennen Rechtsform, der **cretio**, vor Zeugen [7]) erklärt, dies als genügende Ernſtlichkeit, den Uſucapienten entgegentreten und die Gläubiger befriedigen zu wollen, erſcheinen; aber eben, wo dieſe **cretio** nicht eintritt, da entſprach es ganz dem Weſen des älteren römiſchen Rechtes, daß man nicht die **nuda voluntas suscipiendae hereditatis** für genügend anſah, ſondern zugleich ſchon den Anfang der Beſitzergreifung der ganzen Erbſchaft oder irgend eine factiſche Einmiſchung für nöthig erklärte [8]). So erſt wird die Römiſche Ausdrucksweiſe verſtändlich, wonach neben die **cretio** immer nur die **pro herede gestio** geſtellt, und zu letzterer auch die erſt ſpäter für genügend erachtete formloſe Willensäußerung gerechnet wird.

3) In welchem Verhältniß nun aber die **cretio** zu dieſer **pro herede gestio** in früherer Zeit geſtanden habe, iſt nichts weniger als klar. Es wird vielfach heutzutage bei der **cretio** nur an die vom Teſtator angeordnete, mit einer Ausſchließungsfriſt verbundene, Antretungsform gedacht, und ſo iſt auch in unſerem erſten Bande von derſelben als einem durch die Sitte der Teſtatoren aufgekommenen Aushülfsinſtitute die

7) Varro de lingua lat. VI. 81. (ed. Müll.). Cicero ad Att. XIII. 46.

8) Noch Labeo muß dies angenommen haben, denn er meinte ſogar, daß wenn Jemand ſchwört (in Folge der Anordnung des Teſtators), er wolle Erbe ſein, dies noch keine genügende Antretung ſei. In der Folgezeit erſt hat ſich dies geändert, wie die ſpäteren Juriſten ausdrücklich bezeugen. fr. 62. pr. de acq. her. (Javol.) Antistius Labeo ait: si ita institutus sit: „si juraverit, heres esto,“ quamvis juraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia jurando voluntatem magis suam declarasse videatur. Ego puto, satis eum pro herede gessisse, si ut heres juraverit. Proculus idem, eoque jure utimur.

Rede gewesen, wodurch man wenigstens in gewissen Fällen die Mängel abzustellen suchte, welche dann erst vollständig die **b. p.** vertrieb. Aber als das durch den Willen der Testatoren Festgestellte ist doch eigentlich nur die Cretionsfrist recht denkbar, nach deren Ablauf dann ein anderer gerufen werden soll. Daß nun ganz gleichzeitig hiermit und gerade nur aus diesen Anordnungen der Testatoren sich eine ganz neue Antretungsform entwickelte, welche auch lediglich in diesen beschränkten Gränzen geherrscht hätte, scheint mir eine Annahme voll von Unwahrscheinlichkeiten. Das Interesse der Testatoren ging ja nur darauf, daß eine Frist und eine **successio** mehrer Grade bestände, wie soll man sich denken, daß die Testatoren darauf gekommen wären, von dem in die Frist Eingeschlossenen eine ganz eigenthümliche bis dahin nicht bekannte Antretungsart zu verlangen. Und wenn wir auch zugeben wollten, daß sich in dieser Weise die Entstehung der neuen Antretungsform denken ließe, daß also bis dahin nur die **pro herede gestio** den Römern bekannt war, wie soll es sich erklären, daß die Anordnung der Cretion etwas so Nothwendiges wurde, daß die Testatoren, wenn sie überhaupt eine Frist anordnen wollten, dies nicht anders als durch Anordnung einer Cretion konnten, daß sie nicht auch bloß die **pro herede gestio** in einer gewissen Zeit hätten vorschreiben dürfen? Ueberhaupt ist doch auch nicht zu bestreiten, daß wenigstens in der Weise die **cretio** von jeher eine allgemeine Antretungsform der Erbschaft war, daß auch wenn sie nicht vom Erblasser vorgeschrieben war, der Erbe, falls er diese Form vorzog, damit eine vollkommen gültige **hereditatis aditio** vornahm [9]), und da, wie wir eben zeigten, die ganz formlose Willenserklärung erst einer späteren Zeit angehört, so war dies früher von sehr großer Bedeutung, denn wenn ein berufener **heres** abwesend war, und eine factische Einmischung in die Erbschaft (**pro herede gestio**) nicht möglich machen konnte, so ließ sich doch wenigstens durch Vornahme der Cretion vor ein Paar Zeugen die Antretung bewerkstelligen.

9) Gai II. 167. At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato jure legitimo ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo — — heres fieri. Dies hebt mit Recht Huschke Studien I. S. 254. hervor.

Hiernach leuchtet ſchon das ein, daß **cretio** und **Cretionsfriſt**, wenn auch die letztere nicht ohne die erſtere vom Teſtator angeordnet werden kann, doch in der Weiſe von einander zu trennen ſind, daß es eine Cretion auch ohne alle Anordnung im Teſtament giebt. Es iſt alſo völlig unwahrſcheinlich, daß das ganze Inſtitut der Cretion erſt aus der Sitte der Teſtatoren, Deliberationsfriſten anzuordnen, entſtanden ſein ſollte. Dagegen iſt die hiſtoriſche Entwickelung eine durchaus natürliche, wenn man ſich den Hergang umgekehrt denkt.

Es iſt dem Charakter des alten römiſchen Rechts durchaus angemeſſen, daß, da alle Rechtsgeſchäfte unter ſolennen Errichtungs-Formen ſtanden, auch die **hereditatis aditio** ſolchen unterworfen war. Daß für dieſe die **nuda voluntas suscipiendae hereditatis** von jeher genügt hätte, ſcheint mir faſt eine Undenkbarkeit, ja auch daß ſchon von Anfang an die **pro herede gestio** neben der formellen Antretung beſtanden hätte, dünkt mir unwahrſcheinlich. Bei den zunächſt Stehenden, den **sui**, erklärte das Recht alle Antretung für unnütz, aber den Entfernteren, Agnaten, Gentilen und den **scripti heredes**, mag Anfangs wohl allgemein die Pflicht der **cretio** obgelegen haben [10]).

Ich kann dies freilich nicht aus den Quellen beweiſen, aber erſt durch dieſe Annahme gewinnt die ſpätere Geſtalt der **cretio** ihre Erklärlichkeit. So erſt kommen wir von ſelbſt zu dem Reſultate, daß, als ſich ſchon in ganz alten Zeiten das Bedürfniß zeigte den **scriptus heres** in eine Deliberationsfriſt einzuſchließen, ihm natürlich vorgeſchrieben wurde, in dieſer Zeit die **cretio**, d. h. die einzige damals beſtehende Erbantretung vorzunehmen; und ſo kann man denn auch begreifen, daß

10) Daſſelbe vermuthet ſchon **Mühlenbruch** in ſeiner Ausgabe der Heineccianiſchen Antiquitates S. 446. Note 1., indem er noch beſonders hervorhebt, daß unter den actus legitimi des fr. 77. de reg. jur. die her. aditio aufgezählt wird, was nur die cretio bedeuten kann. Isidor. Or. V. 9. — Jus Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent, nisi Quirites, id est Romani, tanquam de legitimis hereditatibus, de **cretionibus** etc. ſ. auch ebendaſ. V. 24.

ſelbſt ſpäter, als die **cretio** nicht mehr die einzige Art der **hereditatis aditio** war, an dem einmal hergebrachten Satze feſtgehalten wurde, daß der Teſtator, der eine Deliberationsfriſt anordnen wolle, dies mit der Anbefehlung der **cretio** zu verbinden habe [11]).

Man erkannte nun, wohl noch am Ende der Republik, an, daß im Allgemeinen die **pro herede gestio** der **cretio** gleichſtehen ſolle, aber die Punkte, in denen die letztere beſtehen blieb, zeigen recht deutlich, daß es Ueberreſte aus alter Zeit ſind, wo die **cretio** eine größere Ausdehnung gehabt haben muß, da es, ſoviel ich wenigſtens ſehen kann, gänzlich unerklärlich iſt, wie dieſe Punkte als einzelne ſinguläre hätten entſtehen können. Die Fälle nämlich, worin zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten die **cretio** vorkommt, ſind folgende drei. Zwei davon wurden eben bereits erwähnt:

a) Jeder **heres** kann, wenn er will, durch **cretio** die Erbſchaft erwerben. (Note 9)

b) Wenn der Erblaſſer Jemanden **cum cretione** eingeſetzt hat, ſo wird freilich regelmäßig in dieſer Form die Erbſchaft angetreten, aber die **pro herede gestio** hat ſich auch hier ihr faſt ganz gleichgeſtellt [12]).

c) Neben dieſen beiden Fällen, worin die **cretio** durch **pro herede gestio** erſetzt werden kann, ſteht ein dritter, ihnen darin ungleichartig, daß hier die **cretio** vorgenommen werden **muß**, wenn die **hereditas** erworben werden ſoll. Sobald nämlich ein Hausſohn oder **servus** eingeſetzt wird, ſo bedarf es, nach vorgängigem **jussus** des Hausvaters oder des Herrn, der **cretio**, auch wenn der Teſtator dieſelbe gar nicht anbefohlen hat [13]). Es hat hier ſeine guten Gründe, daß die bloße

---

11) In dieſer Geſtalt kommt wenigſtens in den Vorjuſtinianeiſchen Quellen die Anordnung einer Antretungsfriſt lediglich vor, während freilich in den Pandekten z. B. in **fr. 72. de acq. her.** für das **cernat**, welches der Juriſt geſchrieben haben wird, **adeat** geſetzt werden mußte.

12) **Gai. II. 178.**

13) v. Löhr, Magazin **III.** S. **141.** bemerkt dies bereits mit Berufung auf **Cic. ad Attic. XIII. 46. 47.** u. **l. 1. Cod. Gregor de patr. pot. (XIII. 1.)**. ſ. auch Schilling Bem. über Röm. R. G. S. 200.

factiſche Einmiſchung für nicht genügend gehalten wurde, es bedarf erſt einer ausdrücklichen Willenserklärung von Seiten des Hausherrn, in Folge deren auch die Handlung der hausunterthänigen Perſon ſehr natürlicher Weiſe eine ausdrückliche Willenserklärung ſein muß, und dafür hat ſich denn aus der Zeit, wo die **nuda voluntas** noch nicht zur Antretung genügte, die ſolenne Cretionsform, weil man dies für den Hausſohn und Sklaven für paſſend hielt, ſtets erhalten [14]). Als daher für die Hausſöhne die Möglichkeit aufkam, **ab intestato** berufen zu werden, ſo wurde die **cretio** auch auf dieſe Fälle übertragen. Dies beweiſt eben, daß ſie eine allgemeine Vorſchrift für die hausunterthänigen Perſonen war, und nicht die beſondere Anordnung im Teſtamente vorausſetzte. —

Nach dieſen Bemerkungen wird uns die folgende Darſtellung verſtändlich werden. Die Fortbildung der Prätoriſchen

---

Note 545. — Hierfür muß auch noch (ſ. Huſchke a. a. O.) Gaius II. 185—190 angeführt werden, der offenbar beim servus die cretio für nothwendig hält, denn wenn er auch mit dem Worte adire hereditatem abwechſelt, ſo iſt daraus kein Gegengrund zu entnehmen, da dies nur der allgemeine Ausdruck iſt, unter den auch das cernere fällt. — Intereſſant iſt auch fr. 25. de acq. vel om. her., von der es ſich beweiſen läßt, daß Ulpian in der ganzen Stelle vom cernere geſprochen hat. Es heißt nämlich im §. 7: aut quid, si petitam bonorum possessionem ratam habuit, mox filius adeat hereditatem. Ulpian kann adeat gar nicht geſchrieben haben, weil das als ein ganz unbeſtimmter Ausdruck Beides, das pro her. gerere und das cernere, umfaßt. Pro herede gerat kann er aber nicht geſchrieben haben, weil das ſchon in der Agnition der b. p. liegt (l. 12. C. de jure del.), alſo nicht noch beſonders nachfolgen kann. Er muß alſo cernat geſchrieben haben. Das cernere mußten die Compilatoren in dieſer und anderen Stellen ebenſo ſtreichen, wie in l. 7. C. de jure del. (ſ. oben §. 128. Note 13.).

14) Umgekehrt aber freilich ſtellte ſich der Satz feſt, daß der Vater mit Einwilligung des Sohns durch pro herede gestio erwerben könne. l. 4. C. de jure del. (Decius. 250.) Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solenitati juris satisfactum videri, saepe rescriptum est. Mit den Worten solennitati juris iſt offenbar auf die eigentlich auch hier erforderliche cretio gedeutet. — Aehnlich wie im Texte erklärt auch Huſchke a. a. O. das Beſtehen der cretio bei den hausunterthäni-

Agnitionsregeln geht nämlich Hand in Hand mit der allmähligen Aufhebung der **cretio**. Aber es wird hiebei immer nur der dritte von den eben angeführten Fällen genannt, und es kann uns das nicht auffallen, da in den anderen beiden die **cretio** schon zur Zeit der klassischen Juristen keine Nothwendigkeit mehr war. Die Kaiser konnten es also ganz der Sitte und den Privatleuten überlassen, ob sie noch besonders **cernere** oder bloß **pro herede** geriren wollten. Wie lange in dieser Weise das **cernere** noch vorgekommen ist, weiß ich nicht, ganz aus freien Stücken wird sich kein **heres** die unnöthige Weitläuftigkeit gemacht haben, und auch wenn der Erblasser sie im Testamente anordnete, so brauchte der **scriptus** sich ja doch nicht danach zu richten. Ueberhaupt aber können diese Anordnungen der **cretio** in den Testamenten nur noch sehr selten, und dann mehr aus bloßer Nachahmung der alten Rechtsformen vorgekommen sein, denn für die Substitutionen waren sie nicht mehr nöthig, und für die Deliberationsfrist brauchte der Erblasser nicht mehr besonders zu sorgen, da diesem Bedürfniß durch die Fristen der **b. p.** und durch das wieder aus der **b. p.** hervorgegangene **jus deliberandi** genügend abgeholfen war.

So selten also noch außer in dem dritten Fall Cretionen vorkommen mogten, so fand es Justinian doch für nöthig, ein

---

gen Personen. Nur scheint er mir nicht genug hervorzuheben, daß hier die Antretung durch die cretio wirklich von Anfang eine Nothwendigkeit war, die aus älterer Zeit her bestehen blieb, während diese Nothwendigkeit umgekehrt für den antretenden Vater, für den **cum cretione institutus**, und überhaupt für jeden anderen Erben, durch das Hervortreten der **pro herede gestio** sich verlor. Huschke übersieht auch überhaupt, daß nach Römischer Anschauung dem **cernere** nur das **pro herede gerere** gegenübergesetzt wird, während die formlose Willenserklärung unter das letztere fällt, und überhaupt in sehr wenig Stellen erwähnt wird. Deßhalb fällt es ihm auch als merkwürdig auf, daß bei **Gai. II. 167.** nur das **cernere** und **pro her. gerere** mit **aut—aut** einander gegenübergesetzt wird, während sich dann die formlose Willenserklärung nur mit **vel** an die **pro her. gestio** anknüpft. — Uebrigens ist noch eine einzige Ausnahme zu bemerken, wo die cretio beim Hausſohne nicht stattgefunden hatte, und doch eine gültige Erbantretung angenommen werden soll. Diese ist aber leicht erklärlich. **l. 10. C. de her. pet.**

Gesetz, welches sich nur auf jenen dritten Fall bezog, bei der Aufnahme in den Codex [15]) zu verallgemeinern, und ihr den Sinn einer vollständigen Aufhebung der cretio zu geben; und es verstand sich natürlich von selbst, daß alle übrigen im Corpus juris von der cretio handelnden Stellen interpolirt werden mußten [16]).

So haben wir denn auch dieses Institut bis zu seinem Ende verfolgt, wie wir es im ersten Bande S. 67. versprochen hatten; und es ist damit der Weg gebahnt, um zu dem eigentlichen Gegenstande dieses Kapitels nunmehr übergehen zu können.

§. 136. — 1) Constantin, welcher ja überhaupt den Formen so abhold war, beginnt die unsere Lehre modificirende Gesetzgebung im Jahr 319. mit der cretio [1]). In l. 1 Th. C. de mat. bon. (8. 18.) trifft er die Bestimmung, daß das von der Mutter ererbte Vermögen der Kinder nicht mehr ins freie Eigenthum des Vaters fallen soll, und demgemäß hebt er die cretio auf, welche dies bisher zur Folge gehabt hatte [1a]).

15) l. 17. C. de jure del.

16) So z. B. auch fr. 69. de ac. vel om. her. (nisi aut adeat [cernat] aut pro herede gerat), welches, wie wir oben nachgewiesen haben, von der in das spatium deliberandi eingeschlossenen civilrechtlichen Antretung handelt, also beide Formen derselben erwähnen mußte, während das adeat ein ganz unbezeichnender Ausdruck gewesen wäre. s. §. 114.

1) Im Uebrigen erkennt Constantin ganz den oben nachgewiesenen Begriff der successio, sowie die Dreizahl der Antretungsformen dieser successio an. l. 2. Th. C. de int. rest. — §. 4. Cum vero major successionem fuerit adeptus minoris, siquidem civili jure ab intestato vel ex testamento successerit, mox cum creta fuerit vel adita hereditas, si vero honorario jure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando integri restitutionis negotio solida, sine ulla deminutione, tempora supputentur, quae non pro locis regionibus atque provinciis, in quibus morantur, qui heredes aut bonorum possessores sunt, observari jubemus, sed in quibus defuncti domicilia collocaverant. Die adita hereditas bedeutet dasselbe, was in der anderen gleich mitzutheilenden Stelle aditio simplex heißt.

1a) Es kann uns nicht wundern, daß trotz dieser Aufhebung die cretio in l. 2. Th. C. eod. noch wieder bei der materna successio er-

Cesset itaque in maternis duntaxat successionibus commentum cretionis, et res quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate atque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur.

Zwei Jahr darauf 321. regulirt Conſtantin in l. 1. Th. C. de legit. her. (5, 1.) das Erbrecht der Mutter den Agnaten gegenüber, und hebt dabei für dieſen Fall die Agnition der b. p. ganz auf:

ita ut, nec petita bonorum possessione, (quoniam hujus legis, non praetoris est beneficium) illico, ut sibi delatae partionis dies exstiterit, aditione simplici, arrepto rerum quolibet corpore, vel animi destinatione patefacta, plenum dominium delatae sibi portionis consequantur, facultate eis perpetua, dum advixerint, tribuenda in adeunda concessa sibi parte successionis.

Conſtantin giebt hier die Hauptnachtheile an, wodurch die b. p. hinter dem Civilerbrecht zurückſteht. Sie gewährt kein civilrechtliches Eigenthum (**plenum dominium**) ſondern nur das in **bonis**; indeſſen war das nur noch mehr ein theoretiſcher, als ein praktiſch wichtiger Unterſchied, da der **b. possessor** doch nicht minder definitiv das Vermögen hatte [2]). Ferner aber wird, was ſehr wichtig war, hervorgehoben, daß die civile Erbantretung eine **perpetua** iſt, ſo lange der Berufene lebt (und ihm nicht ein **spatium deliberandi** geſetzt wird), während die **b. p.** eine von ſelbſt ablaufende Deliberationsfriſt enthält. Dann aber iſt überhaupt im Anfange der Stelle durch den Gegenſatz der **b. p.** und der **aditio simplex** dar-

---

wähnt wird. Das Geſetz iſt einen Monat jünger und beſtimmt das Rechtsverhältniß, in dem das Vermögen beim Vater, **der es ſchon vor der l. 1 cit. durch cretio erworben hatte**, ſtehen ſoll.

2) Die Umgeſtaltungen, welche in der Eigenthumslehre mit dem dom. ex jure Quirit. und dem in bonis vor ſich gingen, haben auf das Verhältniß der hereditas und b. p. durchaus keinen ſolchen Einfluß gehabt, daß man darin einen Grund für die Umgeſtaltung des Prätoriſchen Erbrechts finden könnte.

auf hingewieſen, daß die Agnition jener etwas Solennes iſt, während die letztere, d. h. die **pro herede gestio** nach gewöhnlichem Sprachgebrauch, eine reine Privathandlung ohne Formalitäten iſt.

Die Kaiſergeſetzgebung hätte in dieſer Weiſe fortfahren, d. h. die ſolennen Agnitionsregeln der **b. p.** an und für ſich beſtehen laſſen, aber immer mehr Fälle, auf die der Zufall ſie gerade führte, ihr entziehen können, bis dann nach und nach die Regel ſelbſt in den Ausnahmen aufgegangen wäre. Im Folgenden aber ſehen wir einſtweilen dieſen Weg verlaſſen. Man ſuchte dagegen die Agnitionsregeln ſelbſt, der formloſeren **pro herede gestio** mehr zu nähern.

2) Im Februar 339 hat Conſtantius, von Laodicea aus, umfaſſende Veränderungen der bisher gebräuchlichen Formalitäten in verſchiedenen Theilen des Erbrechts verordnet. Wahrſcheinlich ſind die Bruchſtücke, welche wir an mehren Orten des Codex zerſtreut finden, urſprünglich ein einziges Geſetz geweſen. Es werden alle die für die Erbeseinſetzungen bisher nöthigen Wortformen, und Alles was bei den **judicia mortuorum** nur einen **imaginarius usus** hat [3]), für unnöthig erklärt (l. 15 C. de testamentis), es ſoll auch bei Legaten und Feideicommiſſen die bisherige **verborum observantia** nicht mehr **necessaria** ſein (l. 21 C. de legatis).

Schon lange hat man bemerkt, daß die l. 9. C. qui admitti ad b. p. poss. mit dieſen beiden Geſetzen zuſammengehört [4]); ſie hat offenbar dieſelbe Tendenz, ſie iſt ebenfalls an den Kalenden des Februar zu Laodicea erlaſſen; Zweifel hiegegen erregt nur, daß in der Subſcription die Jahrszahl fehlt, und daß Juſtinian in l. 7 §. 3 C. de curat. furiosi, indem er auf dies Geſetz hinweiſt, es eine **Constantiniana lex** nennt [5]).

3) Daß hiermit direct die Mancipationsförmlichkeiten des civilen Teſtamentes aufgehoben ſeien, läßt ſich allerdings nicht behaupten (ſ. Savigny Zeitſchr. f. geſch. R. W. I. S. 81 not. 5), aber daß der ganze Sinn des Geſetzes das Seinige dazu beigetragen hat ſie allmählig außer Gebrauch kommen zu laſſen, iſt doch eine ſehr natürliche Annahme.

4) ſ. die Note zu dieſem Geſetz in der Herrmannſchen Ausgabe.

5) ſ. oben §. 135 Note 4. — Zu vermuthen, es ſei hier ein Conſtan-

In dieser l. 9. ist nun für die b. p. Folgendes bestimmt: **Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco jure temporibus coarctanda, eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur.**

Die Agnition der b. p. ist freilich ausdrücklich gar nicht genannt, daß aber doch von ihr die Rede sei, kann, wohl ohne daß ich die Gründe angebe, als unzweifelhaft angenommen werden. Es zeigt uns dies nur, so wie auch die Anfangsworte, daß die Stelle aus einem größeren Gesetze genommen sein muß, worin schon vorher auch von der b. p., und den Formalitäten der Agnition die Rede war.

Es ist dreierlei, was wir hier verändert finden: die Agnition wird der pro her. gest. darin gleichgestellt, daß jede **animi destinatio patefacta** genügen soll, sie unterscheidet sich von der civilrechtlichen Antretung nur noch dadurch, daß sie vor einem Richter geschehen muß, aber dies braucht nicht mehr (und das ist die zweite Bestimmung) der competente Richter zu sein, was noch Constantin anerkannt hatte, und endlich drittens braucht nicht mehr die Frist der vorhergehenden Klasse abgelaufen zu sein.

In Bezug auf diesen letzten Punkt haben wir schon früher das Resultat gewonnen, daß von jeher der in einer späteren Klasse Stehende auch vor Ablauf der früheren Frist die b. p. erhalten konnte, wenn er bewies, daß der in dieser Klasse

---

tinisches Gesetz genannt, das wir nicht kennen, würde höchst gewagt sein, da die l. 9. cit. so vollkommen paßt, und Justinians Citat es sehr unwahrscheinlich macht, daß er etwas berücksichtigt habe, was nicht in den Codex aufgenommen wurde. — Wir dürfen also wohl in dem Ausdruck Constantiniana lege den Fehler suchen, mag er nun von den Compilatoren oder den Abschreibern veranlaßt sein. Andere halten indeß den Constantin für den wahrscheinlichen Verfasser.

Stehende weggefallen sei. Dieser Beweis wird jetzt erlassen, ja noch mehr, wenn auch der in der früheren Klasse Berufene durchaus sein Erbrecht noch nicht aufgegeben hat, so kann doch der Spätere bereits agnosciren. Der Kaiser mußte dies nothwendig gestatten, da er erlaubte, daß vor jedem Richter die Agnition geschehen könne, daß also auch in ganz verschiedenen Gegenden vor verschiedenen Richtern mehre Erb-Prätendenten sie vornehmen dürften. Ein Aufrechterhalten der hintereinanderstehenden Fristen ist ohne die Voraussetzung eines einzigen competenten Richters, der die **b. possessiones** sämmtlich zu ertheilen hat, nicht denkbar, es mußte also mit dieser letztern Voraussetzung von selbst fallen, auch wenn es der Kaiser nicht ausdrücklich gesagt hätte. So konnte es also vorkommen, daß ein Späterer früher **b. p.** agnoscirte, als ein früher Berufener, und es ist nicht daran zu denken, daß nun dadurch diesem Letzteren sein Recht auf Agnition verloren gewesen wäre [6]), sondern auch er konnte noch immer agnosciren, so lange seine Zeit nicht verstrichen war, und ein Erbschaftsstreit entschied dann das nähere Erbrecht unter Beiden.

Hieraus sieht man die Richtigkeit des oben (§. 127) Geäußerten, daß der Kaiser solche Veränderungen mit der Agnition gar nicht hätte vornehmen können, wenn nicht die Agnition selbst durchaus schon etwas Anderes gewesen wäre, als früher, d. h. nichts als eine besondere Form der Erbschaftsantretung. Es war wenn Zwei aus verschiedenen Klassen **b. p.** agnoscirt hatten, ganz ebenso, als wenn zwei nach dem **jus civile** hinter einander Stehende die **hereditatis aditio** vornahmen, unter denen dann eben auch der Erbschaftsstreit entscheiden mußte; und da, wie wir gesehen haben, die Agnition schon seit so langer Zeit diese Gestalt einer reinen Erbantretungsform angenommen hatte, so mußte es allerdings als eine sehr drückende und ganz unnütze Fessel erscheinen, daß man noch immer den competenten Richter in den hintereinander stehenden Fristen anzugehen hatte, ebenso drückend und unnütz als die **verborum**

6) Nach dem Recht der klassischen Juristen kann, falls einmal **b. p.** ertheilt ist, sie nicht noch ferner gegeben werden, außer wenn beide Erbittende zusammen berufen sind.

captiones bei den Erbeinsetzungen und Legaten, welche der Kaiser zu gleicher Zeit mit aufhebt. Alle diese drei Gesetze sind nicht Bestimmungen, welche die betreffenden Lehren erst umgestaltet haben, sondern äußere Aenderungen, die bei den damals schon ganz veränderten Verhältnissen auch ein völlig oberflächlicher Blick für nothwendig erkennen mußte.

3) Constantius läßt aber diesen Anordnungen rasch noch ein anderes Gesetz folgen, welches **pridie Id. Mart. 339.** zu Heliopolis erlassen worden ist. Auch hievon sind uns zwei verschiedene Bruchstücke erhalten, das eine die cretio, das andere die b. p. betreffend.

Das erstere Bruchstück ist l. 4 Th. C. de mat. bon.: **Cretionum observantium praecipimus removeri, per quam filii patriae potestati subjecti res ex materna hereditate vel diversis successionibus ad se devolutas antehac his, in quorum potestate fuerant, acquirebant, ut intra sextum annum facultates ad se pertinentes . . . . . liberis siquidem superstites . . . . . intra praefinitum tempus . . . . . ex materna hereditate vel genere . . . . . ad ipsos devoluta sunt, ad proximos . . . . . pertineant, quoniam priorem nostram jussionem, quae sine temporis distinctione filiorum successiones ad patres jusserat pertinere, aequitatis ratio corrigi persuasit. Si quis vero ex paterno genere vel amicis paternis quacunque ratione reliquerit, id simili justitiae moderamine ad patrem aut ad patris genus pertineat, ut ex utraque familia manentes facultates singulis quibuscunque cessisse potius quam adepta esse videantur. Post emensum vero sextum aetatis suae annum adaeque sine ejusdem cretionis necessitate delatas sibi qualicunque successionis genere facultates ad eos, in quorum potestate sunt, jure patrio transmittant.**

Mir scheint der Sinn dieser Stelle weder von Löhr noch von Schilling [7]) richtig bestimmt zu sein. Ersterer meint, daß

7) v. Löhrs Uebersicht der Constitutionen von Constant. bis Theod. II. S. 34. — Schillings Bem. über R. R. G. S. 394 ff.

die **cretio** hiedurch ſchon überhaupt bei allen dem **fil. fam.** deferirten Erbſchaften aufgehoben ſei. Dem widerſpricht, wie Schilling mit Recht beweiſt, die **l. 5 u. l. 8 Th. C. eod.** Letzterer findet dagegen hier nur eine Beſtätigung der **l. 1 eod.**, welche wir ſchon haben kennen lernen.

Der Kaiſer ſpricht vielmehr, wie trotz der Lücken erſichtlich iſt, von den dem **fil. fam.** aus der väterlichen wie der mütterlichen Familie (**ex utraque familia**) zugefallenen Erbſchaften. Wenn nun der **fil. fam.** vor dem Beginn des ſiebten Jahres wieder wegfällt, ſo ſoll die Erbſchaft, als wenn ſie ihm nicht deferirt worden wäre, unverändert in dem **paternum** oder **maternum genus** weiter deferirt werden. Darin liegt, daß der Vater auch nie mehr für ſich ſelbſt Rechte auf die Erbſchaft daraus ableiten kann, daß ſie ſeinem Sohne deferirt worden ſei, und ſo iſt es eine nothwendige Folgerung, daß der Kaiſer die **cretio**, durch welche eben das Vermögen an den Vater bisher gelangte, poſitiv verbietet (**praecipimus removeri**) [8]).

Anders aber iſt es, wenn das Kind das ſechſte Jahr überlebt. Der Kaiſer läßt hier in den Fällen, von denen überhaupt ſein Geſetz ſpricht, (d. h. bei den von dem väterlichen oder mütterlichen **genus** teſtamentariſch oder **ab intestato** [9]) auf den

8) Man muß nur ſtets im Auge behalten, daß die Aufhebung der **cretio** keineswegs bloß die einer Formalität iſt, ſondern daß ſie materielle Bedeutung hat, indem nun eben nicht mehr das fragliche Vermögensſtück ins volle Eigenthum des Vaters fällt. Die Aufhebung der **cretio** geht alſo Hand in Hand mit der Entwickelung der **bona adventitia**.

9) So erklärt ſich, daß der Kaiſer am Schluß die Worte gebraucht: **qualicunque successionis genere**, und daß er im Anfange ſagt: **ex materna hereditate vel ex diversis successionibus**. Das heißt nicht „aus **allen übrigen** Succeſſionen" ſondern: „aus **anderen** Succeſſionen." Welche dieſes ſeien, erhellt eben aus dem Folgenden, welches gleich mit (ita) **ut** angeknüpft wird. Daß der Kaiſer nicht bloß die **maternae hereditates**, ſondern auch die des **maternum genus** unter ſein Geſetz ſtellen will, erhellt ſchon aus der Art wie er ihnen das **paternum genus** gegenüberſtellt, und er umfaßt dies offenbar in der Aeußerung, daß nun nach ſeinem Geſetz das **ex utraque familia** Fließende auch bei derſelben verbleibt. Deßhalb glaube ich, daß in dem lückenhaften Theil der Stelle hinter

fil. fam. gefallenen Erbschaften) das bisherige Recht bestehen, und er sagt nur kurz, daß dies Vermögen auf den Vater transmittirt werden solle, ohne sich weiter auf das eigentliche Recht, welches dieser daran erhält, einzulassen. Nur setzt er noch im Zwischensatz hinzu, es solle für den Eintritt dieser Transmission die Form der **cretio** ebenfalls nicht mehr nöthig sein (**adaeque sine ejusdem cretionis necessitate**) d. h. ebenso wie sie vor dem siebten Jahr nicht mehr eintritt, weil sie hier nach seiner Verordnung unmöglich geworden ist, so soll sie auch nachher nicht mehr erforderlich sein, um die Rechtswirkungen, die früher lediglich eine Folge der **cretio** waren, hervorzurufen.

Was ist also hiernach für die **cretio** in unserm Gesetz Neues bestimmt? Sie war von Constantin schon positiv aufgehoben worden für die **materna bona**, damit der Vater nicht mehr das volle Eigenthum daran erhielte, jetzt wird sie für alle Erbschaften des **paternum** und **maternum genus** ebenfalls ganz absolut aufgehoben, sobald das Kind unter sieben Jahren steht und stirbt, weil der Vater überhaupt gar nichts davon durch den Sohn erhalten soll. Für die Zeit nach sieben Jahren wird sie bei allen jenen Erbschaften nicht direct verboten, sondern nur für unnöthig erklärt, indem ihre Wirkungen auch durch **pro herede gestio** eintreten sollen. Für diesen Fall tritt

---

ex materna hereditate vel genere das Wort: materno gestanden hat, während Gothofredus: vel genere diverso successionis vermuthet. Die diversae successiones, wie sie im Anfang erwähnt werden, konnten hier nicht noch einmal so unbestimmt wiederholt werden, sondern es mußte gerade im Verlauf der Stelle die genauere Erklärung folgen, was der Kaiser damit meint.

Schilling versteht, obgleich selbst dubitirend, unter den diversae successiones „andere Successionsarten in das mütterliche Vermögen" außer der hereditas, und da die cretio ja nur auf die hereditas, nicht etwa Legate geht, so vermuthet er im Sprachgebrauch der späteren Zeit eine uneigentliche Bedeutung des Worts cretio. Dafür aber giebt es gar keine Anhaltspunkte, und es widerspricht die folgende l. 5 Th. C. eod. von demselben Constantius, worin die cretio bei der hereditas ganz genau dem Erwerb des Vermächtnisses gegenüber gesetzt wird: si prius quam legati vel fideicommissi cederet dies, aut jussu patris diceret cretionem etc.

jetzt also ein, was für den antretenden Vater schon zu Decius Zeit galt (§. 135 Note 14.), und was für die anderen beiden Fälle der **cretio** schon Gaius kennt. Ebendeßhalb aber kann derselbe Constantius im Jahr 349 (**l. 5 Th. C. eod.**) es als durchaus bestehendes Recht erwähnen, daß ein **filius** nach Auftrag des Vaters die Erbschaft seines **avus maternus** durch Cretion erworben hatte [10]), ebensogut wie Gaius die **cretio** sowohl für den **cum cretione institutus** als auch für alle übrigen **heredes** als geltendes Recht anführt, obgleich sie in beiden Fällen durch **pro herede gestio** ersetzt werden durfte. —

Außer dieser **l. 4 C. Th. de bon. mat.** ist uns nun noch ein anderes Bruchstück desselben Gesetzes, das vielleicht noch manches Andere enthalten hat, aufbewahrt worden in **l. 8 C. qui admitti**; welche also nach der oben angegebenen Zeitfolge eigentlich hinter **l. 9 eod.** stehen müßte, da sie so sehr wahrscheinlich anderthalb Monate später ist. Die Verbindung von Bestimmungen über die **cretio** und die Agnition der **b. p.** in einem und demselben Gesetz zeigt, wie man sich Beide durchaus nur als verschiedene Formen der Erbantretung dachte. Die Stelle knüpft sich auch noch ferner darin an jene **l. 4** an, daß sie von den **parentum vel proximorum successiones** redet:

> **Quicunque res ex parentum vel proximorum successione jure sibi competere confidit** [11]) **sciat, sibi non obesse, si per rusticitatem vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum**

---

10) „patre cernere jubente, filioque cernente“ und nachher: „si jussu patris diceret cretionem.“ Diese Stelle ist, wie man sehr deutlich sieht, mit Rücksicht auf einen besonderen, dem Kaiser vorgelegten, Fall erlassen worden.

11) Auch diese Worte zeigen wieder, wie man damals die b. p. anschaute; von Jemand, der Anspruch auf b. p. hat, wird gleich gesagt, **res jure competunt**, während den klassischen Juristen stets vorschwebt, daß dies ja nur der Fall sei, wenn die b. p. **cum re** ist; m. a. W. als Inbegriff der b. p. oder der successio ex jure praetorio gilt nur noch, was man früher cum re b. p. nannte, die b. p. sine re mit eigenthümlichen interimistischen Wirkungen giebt es nicht mehr.

possessionem minime petiisse noscatur, quoniam haec sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit.

Diese Schlußworte können andeuten (obgleich nicht nothwendig), daß schon vorher von der **b. p.** die Rede war, und dies uns erhaltene Bruchstück nur noch eine genauere Ausführung von der bereits voranstehenden eigentlichen Aufhebung der bisherigen **consuetudo** ist. Jedenfalls schließt sich dem Inhalte nach die Stelle genau an die oben mitgetheilte **l. 9 C. qui admitti** an. In Vereinigung mit ihr ist die **b. p.** aller der Fesseln entkleidet, die in den damaligen Verhältnissen lästig und unnütz drückend erscheinen mußten. Daß die **b. p.** noch fernerhin vor einem beliebigen Richter agnoscirt werden mußte, behielt man bei, weil gewiß der Sitte nach, namentlich bei Eröffnung und Publication der Testamente, und ferner in Folge eines dem Berufenen gesetzten **spatium deliberandi** auch die civile Erbantretung wohl meist durch eine Erklärung vor dem Richter geschah. Nur in Beziehung auf den Zeitablauf war, nachdem durch **l. 9 C. cit.** jene anderen Verschiedenheiten gefallen waren, noch ein lästiger Unterschied zwischen **her. aditio** und Agnition der **b. p.** Während jene nur unter dem durch Gläubiger und Legatare zu veranlassenden **spatium deliberandi** stand, so lief die prätorische Frist abgesehen von den im **utile tempus** enthaltenen Milderungen von selbst ab. Unsere Stelle dagegen, die keiner weiteren Interpretation bedarf, sagt ungefähr geradezu, es solle mit dem Ablauf der Frist nicht mehr genau genommen werden, und es kommt eben darauf hinaus, daß ehe Gläubiger und Legatare den Berufenen aufforderten anzutreten, man die schon verstrichene Zeit leicht **propter quamcunque aliam rationem** entschuldigen konnte, also eigentlich die Frist der **b. p.** erst von dieser Aufforderung an ernstlich gerechnet wurde. Das ist mithin im Grunde ganz dasselbe, als das **spatium deliberandi.**

Wir können uns daher einen eigentlich wichtigen praktischen Unterschied zwischen der prätorischen und civilen Erbantretung auch der Form nach von jetzt an nicht mehr denken. Nur muß noch hervorgehoben werden, wie sorglos und vom Zufall geleitet die Kaisergesetzgebung sich auch hier wieder zeigt. In die-

ſem Geſetz war von der **parentum vel proximorum successio** die Rede, und ſo wird denn für die b. p. derſelben nebenbei beſtimmt, was ebenſogut auch allgemein hätte geſagt werden können. Aber unter den **proximi** ließen ſich, auch wenn das Geſetz vielleicht nur jene **successiones ex paterno** und **materno genere** meinte, leicht alle Verwandten begreifen, bei der b. p. **unde vir et uxor** wird man es auch nicht gerade anders gehalten haben, und bei den Teſtamenten kam überhaupt, wie wir ſogleich ſehen werden, die Agnition der b. p. bald außer häufigen Gebrauch. — So ließ man's alſo gehen, die Sache ſelbſt war doch einfach, und von wichtigen Gegenſätzen der civilen und Prätoriſchen Antretungsform nicht mehr die Rede. Da dachte man denn auch nicht mehr daran, den Worten nach äußerlich zu vereinigen, was der Sache nach weſentlich zuſammengeſchmolzen war.

§. 137. — 4. Nach den Geſetzen des Conſtantius finden wir ein 70 Jahre lang nichts, was die Agnitionsform der b. p. betrifft. Im Jahr 407 aber erlaſſen die Kaiſer Arkadius und Honorius wieder ein auf die b. p. und die cretio gleichmäßig bezügliches Geſetz.

> l. 8. Th. C. de matern. bon. — **Certis annorum intervallis in bonorum possessione maternae hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda infantis filii aetatem nostra auctoritate praescribimus, ut sive maturius sive tardius filius fandi sumat auspicia, intra septem annos aetatis ejus pater aut bonorum possessionem imploret, aut qualibet actis testatione successionem amplectatur; hac vero aetate finita, filius edicti beneficium imploret, vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem: dum tamen intra annum ad impetrandam bonorum possessionem praescriptum uterque de possessione amplectenda suum prodat arbitrium. §. 1. Cretionem autem scrupulosam solennitatem, sive materna filiofamilias, sive alia quaedam de-**

feratur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus.

Betrachten wir zuerst das Principium unserer Stelle. Es betrifft denselben Fall, von dem auch jenes oben erörterte Gesetz des Constantius spricht, eine dem **filiusfamilias** deferirte **materna hereditas**. Das Neue, was jetzt festgesetzt wird, ist nur, daß statt des vollendeten sechsten jetzt das vollendete siebte Jahr angenommen werden soll [1]), im Uebrigen erkennt der Kaiser ganz das bisherige Recht an, aber die Art wie er dies darstellt, ist uns ganz besonders interessant.

Die **cretio** war für die **materna hereditas** ja schon von Constantin aufgehoben worden, es blieben also für die Antretung derselben nur die **pro herede gestio** und die **agnitio bonorum possessionis** übrig. Demgemäß wird denn auch in unserem Principium von der **cretio** gar nicht geredet, die anderen beiden Antretungsarten dagegen sind, wie mich däucht, darin gar nicht zu verkennen. Im Anfang könnte man meinen, das: **successione amplectenda** sei nur eine Tautologie und weitere Umschreibung für das vorhergehende **b. possessione poscenda**, aber dieser Gegensatz der Agnition der **b. p.** und des **successionem amplecti** oder **suscipere** kommt dreimal in der Stelle so ganz gleichmäßig vor, daß er offenbar im Gegensatz zur **b. p.** die civilrechtliche Antretung durch Handlungen oder **nuda voluntas**, also die **pro herede gestio**, bezeichnen soll [2]). Zweierlei ist aber bei dieser Darstellung der Kaiser höchst merkwürdig, und bestätigt auffallend das, was wir am Ende des vorigen §. bemerkten.

Das Eine ist die Art, wie das zweitemal die **pro herede**

1) Hugo R. G. S. 992. Z. 17. v. Löhr a. a. O. S. 86. Schilling Bem. üb. R. R. G. S. 396 Note 1101. Ob diese Veränderung des Jahres auch für die hereditates aus dem maternum und paternum genus, wobei Constantius ebenfalls das sechste Jahr annahm, gelten solle, ist nicht gesagt, und wiederum ein Zeichen der Schwäche in der damaligen Gesetzesredaction. Aber gewiß wird man diese Fälle auch analog nach dem neuen Gesetz behandelt haben. So nehmen auch die angeführten Schriftsteller das Gesetz als eine allgemeine Veränderung des Endpunktes der **infantia**.

2) So faßt es auch schon v. Löhr a. a. O., nur daß er die civilrechtliche Antretung hier zu unbestimmt **hereditatis aditio** nennt.

gestio der b. p. gegenübergesetzt wird: **qualibet actis testatione successionem amplectatur.** Dies ist wörtlich übereinstimmend mit der Art, wie seit l. 9 C. **qui admitti** die Agnition der b. p. vorzunehmen war, denn hier wird ebenso eine **testatio** durch die Acten, also vor Gericht vorausgesetzt, wie sie bei der **bon. poss.** nöthig ist. — Sodann aber ergiebt der Schlußsatz des **Pr.**, wenn man ihn ganz ungezwungen versteht, daß die Kaiser die jährige Frist der b. p. gleichmäßig für beide Antretungsformen, die noch eben vorher erwähnt sind, gelten lassen wollen [3]).

Ich bemerkte in dem vorigen Paragraph, daß seit Constantius die Agnition und die **pro her. gest.** sich nur noch gerade in diesen zwei Punkten, dem Erscheinen vor Gericht und der Einschließung in eine bestimmte Frist unterscheiden. Hier sehen wir nun in einem speciellen Falle den Kaiser, in Beziehung auf den ersten Punkt ganz entschieden, und in Bezug auf den zweiten wohl sehr wahrscheinlich, beide Antretungsformen völlig zusammenwerfen. Und dies tritt nicht etwa als eine unerhörte neue Rechtsänderung auf, es geschieht nur eben ganz beiläufig, denn die anderen beiden Male wird die Erklärung zu den Acten bei der civilen Antretung gar nicht weiter hervorgehoben. So etwas ist doch nur denkbar, wenn wir annehmen, daß sich in der Praxis civile und Prätorische Antretungsform im Grunde schon verwischt hatten, so daß es eben gar nichts Auffallendes war, wenn nun einmal der Kaiser in einem besonderen Falle Beide wirklich völlig zusammenwarf. —

---

3) Wer hiervon das Gegentheil behaupten will, ist freilich nicht direkt aus den Worten zu widerlegen, aber daß es die grammatisch ungezwungenste Erklärung sei, wird er nicht behaupten wollen. Das im Text Gesagte wird es, glaube ich, zeigen, daß gerade diese ausnahmsweise Beziehung der Prätorischen Deliberationsfrist auf die civile Erbantretung so recht eigentlich etwas in den damaligen Zeiten Naheliegendes war. Ob v. Löhr a. a. O. meiner Ansicht ist, weiß ich nicht, er sagt: „Beide (uterque d. h. Vater und Sohn) sind an den Termin von einem Jahr gebunden." Er scheint dies aber doch als allgemeine Bestimmung für beide Antretungsformen zu nehmen. — Etwas Aehnliches kommt ja schon in der klassischen Juristenzeit vor. s. §. 114. Note 12.

Gehen wir nun zu der Erklärung das §. 1 unserer Stelle über, welche durchaus nicht so zweifellos ist, als er von Manchen aufgefaßt wird [4]). Wir haben aus den früheren Erörterungen schon ersehen, daß es ein Unterschied ist, ob die **cretio** geradezu verboten wird, weil ihre Wirkungen nicht mehr eintreten sollen, oder ob sie bloß mit Beibehaltung ihrer bisherigen Wirkungen für unnöthig erklärt wird. Von Beidem haben wir schon Beispiele in der bisherigen Gesetzgebung kennen lernen. Unsere Stelle nun gehört ihrer Wortfassung nach offenbar unter die erste Klasse (**hac lege emendari penitus amputarique decernimus**). Das heißt nicht sowohl, wie von Löhr sagt: „der **filius** muß nie mehr cerniren", sondern: er soll es nicht mehr. Aber doch erhebt dieser Wortsinn die Schwierigkeit, daß wenn wirklich die **cretio** hierdurch für alle dem **fil. fam.** deferirten Erbschaften verboten worden wäre, dann natürlich auch die Wirkung dieser **cretio** hinwegfiel, d. h. alle diese Erbschaften bereits durch dieses Gesetz **peculium adventitium** des Haussohns geworden wären. Das hat aber bekanntlich erst Justinian in l. 6 und 8 C. **de bon. quae liberis** allgemein festgesetzt.

Mir scheint die Sache folgendermaßen erklärt werden zu müssen. Der Rechtszustand war nach den Gesetzen, die wir bereits kennen, der, daß die **cretio** verboten war bei der **materna hereditas**, so wie bei allen **hereditates paterni** und **materni generis** für ein Kind unter sieben Jahren, ferner daß sie unnöthig war, bei den **hereditates pat.** und **mat. gen.** für Kinder über sieben Jahren, endlich daß sie nothwendig war, für alle übrigen dem **fil. fam.**, gleichviel welches Alters, deferirten Erbschaften. Unser Gesetz hat nun jedenfalls wohl den Sinn, welchen v. Löhr ihm beilegt, daß nämlich dies Letztere aufgehoben wird, und die **cretio** bei allen diesen übrigen Erbschaften nicht mehr nothwendig sein soll, wobei aber

4) v. Löhr drückt den Inhalt desselben so aus: „der filiusfamilias muß nie mehr cerniren." Schilling sagt, die cretio sei hiedurch für jedwede einem fil. fam. deferirte Erbschaft aufgehoben worden. Hugo dagegen sagt: „die cretio ward bei dem mütterlichen Vermögen, und vielleicht auch sonst aufgehoben." Das ist nun freilich zu wenig gesagt.

ihre Wirkung, der Eigenthumserwerb des Vaters, durchaus beſtehen blieb. Aber wenn die Kaiſer nur dies ſagen wollten, warum ſagen ſie nicht ähnlich wie Conſtantius: **adaeque sine cretionis necessitate**? Warum ſprechen ſie ein ſo entſchiedenes Verbot der **cretio** aus? Dies kommt daher, weil dieſelben Kaiſer in **l. 7 Th. C. de matern. bon.** ſchon früher beſtimmt hatten, daß die teſtamentariſchen und Inteſtat-Erbſchaften der väterlichen und mütterlichen Großeltern nicht mehr ins Eigenthum des Vaters, ſondern des (über 7 Jahr alten) Sohnes fallen ſollen. Schon durch dies Geſetz war alſo implicite für dieſe Fälle die **cretio** verboten worden, ausdrücklich ſie auch aufzuheben, war wohl deßhalb vergeſſen worden, weil das Geſetz auch noch von anderen Erwerbarten als durch **hereditas** redet.

Die Kaiſer holen nun dies ausdrückliche Verbot jetzt nach, und es iſt möglich, daß ſie bei den Worten (**sive materna**) **sive alia quaedam deferatur hereditas** nur an jene in **l. 7** erwähnten Erbſchaften denken, ebeno wie auch Conſtantius in ganz ähnlicher Redeweiſe nur an das **paternum** und **maternum genus** denkt. Ebenſo möglich freilich, ja ſelbſt wahrſcheinlicher iſt, daß ſie wirklich alle dem **filiusfam.** deferirten Erbſchaften umfaſſen wollten, aber dann haben doch ihre Worte, die nur durch die Beziehung auf die **l. 7** die prohibitive Faſſung erhielten, für alle übrigen Fälle lediglich den Sinn, daß hier die **cretio** nicht *verboten*, ſondern *unnöthig* iſt, denn ihre Wirkungen ſind noch ferner beſtehen geblieben.

Das Reſultat iſt hiernach: das Gebiet der **bona adventitia** (ſoweit ſie durch Erbſchaft entſtehen) reicht ſtets ſo weit, als die **cretio** entſchieden verboten iſt [5]). Ueber die Erbſchaften der nächſten Angehörigen hinaus, wie es die **l. 7 cit.** feſtſtellt [6]), hat man vor Juſtinian dies Gebiet nicht ausgedehnt; und mag deßhalb auch durch unſere **l. 8 Th. C.** über daſſelbe

5) S. Huſchke Studien I. S. 257.

6) Eine beſondere hieran ſich anknüpfende Erweiterung beſtimmte noch Theodos u. Val. in **l. 1 Th. C. de bonis quae fil. fam.** (**l. 1. C. de bon. quae lib.**)

hinaus die Anwendung der Cretionsform aufgehoben, d. h. für unnöthig erklärt sein, in ihren Wirkungen bestand die **cretio** noch fort, und konnte auch noch formell wirklich vorkommen, ebensogut wie wir sie oben (§. 136. Note 10) in einem Gesetz als bestehend für einen Fall erwähnt fanden, nachdem sie ein früheres Gesetz bereits gerade für denselben Fall aufgehoben, aber freilich nicht verboten hatte. Erst Justinian entzieht ihr durch **l. 6 C. de bon. quae liberis** allen Boden, und so spricht er denn in **l. 8 C. eod.** ganz consequent nur immer von der (formlosen) **hereditatis aditio.**

Seit unserem Gesetz des Arkad. und Honor. steht also die **cretio** bei den Erbschaften der Hauskinder, so weit sie für dieselben nicht ganz verboten ist, wieder auf gleicher Stufe mit jenen anderen beiden Fällen, in denen die **cretio** bei Gaius vorkommt; d. h. sie ist eine formelle Rechtshandlung, die die Berufenen vornehmen können, wenn sie wollen, die sie aber durch **pro herede gestio** ersetzen dürfen. Ob sie nun wirklich auch jetzt noch im Leben vorgekommen ist, können wir füglich dahin gestellt sein lassen; es scheint aber in der That dies Institut in der Sitte der Römer sehr festgewurzelt gewesen zu sein, so daß man allenfalls vermuthen darf, man habe noch immer gern, wo man nicht vor dem Richter die Antretung erklärte, sie etwa vor Zeugen in der alten Wortform vorgenommen. Wir werden ihr nämlich in einem alsbald mitzutheilenden Gesetz nochmals begegnen, (s. Nro. 7. §. 138) worin der Kaiser eigens wieder hervorhebt, es sei nicht nöthig, daß man sich diese Weitläuftigkeiten mache. Jedenfalls hat aber Justinian, indem er aus jener **l. 8 Th. C. de mat. bon.** die **l. 17 C. de jure del.** machte, der **cretio** in allen ihren Anwendungsfällen ein Ende gemacht.

§. 138. — 5.) Wir haben bisher nach Anleitung der chronologisch aneinandergereihten Kaiserconstitutionen hauptsächlich das Verhältniß der **b. p.** zur **cretio** ins Auge gefaßt; jetzt werden wir durch die folgenden Gesetze auf ein anderes Institut geführt, dessen Zusammenhang mit der Agnition der **b. p.** hier ebenfalls festzustellen ist. Es ist die **missio ex edicto divi Hadriani.**

In der zuerſt mitzutheilenden Stelle iſt freilich von dieſer Letzteren ausdrücklich gar nicht die Rede, daß aber ſie doch im Hintergrunde liegt, iſt wohl ſehr einleuchtend. Die Kaiſer Honorius und Theodoſius errichten im Jahr 413 das **testamentum principi oblatum**, und beſtimmen dabei auch Folgendes:

> **l. 19 C. de testam. — — Ne quid sane praetermisisse credamur hujusmodi institutionis successoribus designatis, omnia, quae scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur.**

Es ſoll alſo bei dem neu errichteten Teſtamente die **b. possessionis agnitio** ganz aufgehoben ſein, und bloß die **pro herede gestio** genügen. Es wird ausdrücklich dabei erklärt, daß dadurch ſchon alle Rechte gewährt werden, welche aus der **b. p.** abgeleitet werden könnten.

Soweit verſteht ſich dies nun freilich von ſelbſt, daß durch die **pro herede gestio** daſſelbe definitive Erbrecht erworben wird, wie durch die Agnition; aber die letztere gewährt auch noch außerdem das poſſeſſoriſche **Int. quor. bon.** Der Kaiſer ſagt nun aber gar nicht, daß die Agnition bei dieſem Teſtamente als geſchehen fingirt, und alſo die Vortheile der **b. p.** durch dieſe ſeine Verfügung auf die **pro herede gestio** übertragen werden ſollten; ſondern er ſagt lediglich, alles Recht, was man aus der **b. p.** ableiten könne, werde auch ſchon durch die civilrechtliche Antretung erfüllt. Er kann alſo nicht an das **Interd. quor. bon.** denken, welches ohne Agnition dem **heres** gegeben werde, er muß ein eigenes Rechtsmittel zur Beſitzeserlangung im Sinn haben, welches der benutzen könne, der ſich mit der civilrechtlichen Antretung begnügt, und das kann kein anderes ſein als die **missio ex edicto divi Hadriani.**

Ich geſtehe gern zu, daß, wenn man lediglich dieſe Stelle ins Auge faßt, es noch immer zweifelhaft bleiben könnte, ob den Kaiſern wirklich dieſer Gedanke, wie ich es hier aufſtelle, vorgeſchwebt hat. Aber wenn man nun zugleich die folgenden

noch mitzutheilenden Stellen ins Auge faßt, wo ganz klar die **missio** der teſtamentariſchen **b. p.** als das gegenübertritt, was durchaus dieſelben Rechte gewährt, und zugleich in der damaligen Zeit für bequemer gehalten wurde, ſo ſcheint mir auch der Sinn jener l. 19 keinen Zweifel zuzulaſſen. Sie iſt der erſte Anfang, daß die **missio** der **b. p. sec. tab.** vernichtend entgegentritt, und wir werden es nicht lange mehr dauern ſehen, daß ſie geſetzlich vollkommen an ihre Stelle geſetzt wird. In der Sitte des Lebens muß überhaupt ſchon ſeit längerer Zeit die **missio** in vorherrſchendem Gebrauch geweſen ſein, wie wir aus dem zunächſt folgenden Geſetze erſehen.

6) In l. 7 Th. C. **de testam.** vom Jahr 424 beſtimmt Theodos II., daß Jemand, der aus einem (ſchriftlichen oder mündlichen) Teſtamente als Erbe klagen will, nicht zugleich auch ſeinen Anſpruch darauf ſoll ſtützen können, daß es ein Fideicommiß ſei; und daher ſoll er, falls der Erblaſſer die Codicillarklauſel hinzugefügt hatte, gleich im Anfange ſobald er zuerſt mit dem Richter in Berührung kommt erklären, welchen von beiden Wegen er verfolgen will. Dies drückt der Kaiſer ſo aus:

> — — **qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse; ita ut sive 1) bonorum possessionem secundum tabulas, vel 2) secundum nuncupationem ceterasque similes postularit, aut certe 3) ex edicto divi Hadriani se mitti ad possessionem ex more petierit, statim inter ipsa hujus juris auspicia propositum suae intentionis explanet.**

Der Kaiſer ſpricht vom ſchriftlichen und mündlichen Teſtament, und ſtellt im weiteren Verlauf auch ausdrücklich die drei Formen, welche wir oben haben kennen lernen, das civile (ſchriftliche), das Prätoriſche und das nuncupative neben einander [1]), und demgemäß erwähnt er denn auch alle drei Antretungsfor-

1) §. 2. **In omni autem genere testamenti, sive id jure praetorio sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur.**

men aus dieſen Teſtamenten: Die **b. p. secundum tabulas** aus dem ſchriftlichen Prätoriſchen (denn aus dem civilen vor fünf Zeugen fand ſie ja, wie wir oben nachgewieſen haben, nicht Statt), die **b. p. secundum nuncupationem** aus dem civilen mündlichen, und die **missio** aus dem civilen ſchriftlichen Teſtamente. Dunkel iſt nur, was er mit den Worten **ceterasque similes** ſagen will. An **b. possessiones** der Inteſtatſucceſſion zu denken iſt nicht möglich, da in der ganzen Stelle nur von einem **ex testamento agere cupiens** die Rede iſt. Am Beſten ſcheint es mir ſich durch das gerichtliche Teſtament zu erklären, welches **municipalibus gestis** oder vor dem Richter errichtet wurde, und ſeinem eigentlichen Weſen nach als ein nuncupatives Teſtament erſchien, nur daß die 7 Zeugen hier durch die **municipes** oder den Richter erſetzt wurden [2]), und demgemäß ließ man auch eine der **b. p. secundum nuncupationem similis b. p.** daraus zu [3]).

Aus dieſer Stelle ſieht man nun aber einestheils, daß damals bei den Teſtamenten die gerichtliche Erbſchaftsantretung durchaus die Regel geweſen ſein muß. Der Kaiſer will, daß wer einmal **defuncti agnovit voluntatem**, ebenſo wie beim Notherbenrecht (was auch beſonders hervorgehoben wird) nachher nicht wieder davon zurücktreten, und die Dispoſition, die er zuerſt als Erbeseinſetzung behandelte, ſpäter als Fideicommiß auffaſſen darf. Die Anerkennung der Erbeseinſetzung liegt aber in der Antretung der Erbſchaft, und indem der Kaiſer hier die private Antretung gar nicht erwähnt, ſieht man, daß es damals durchaus regelmäßige Sitte war, durch Agnition der **b. p.** oder Erbittung der **missio** die Antretung vorzunehmen.

---

2) Savigny Geſch. des R. R. im M. I. S. 108 der 2ten Ausg.

3) So wird auch in Nov. Valent. III. tit. 20. 1. §. 2 das gerichtliche Teſtament erſt hinter dem nuncupativen erwähnt, wobei der Gedanke nahe liegt, daß es ſich an dieſes anlehnt: nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere. S. ferner l. 19 C. de testam. — qui actis cujuscunque judicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium. Das Ganze wird offenbar als eine einzige Teſtamentsform, die nuncupative, hier dargeſtellt.

Die Stelle zeigt aber auch ferner, daß es freilich noch immer vorkam, aus dem Testamente b. p. secundum tabulas zu erbitten, um dadurch das Interdictum quorum bonorum zu erlangen, daß es indeß durchaus vorherrschende Sitte war [4]), statt dessen um die missio ex edicto divi Hadriani nachzusuchen. Während nämlich die b. p. sec. tab. nicht aus dem civilen sondern nur dem Prätorischen Testament erbeten werden konnte, war umgekehrt die missio ein allgemeines Rechtsmittel, für Beide passend, und ich brauche wohl nicht weiter auseinander zu setzen, daß man zu einer Zeit, wo man mit bloß theoretischen Unterschieden sich nicht gern mehr befaßte, allgemein lieber zu der missio griff, die mit der Publication der Testamente, und der Auszahlung der so wichtigen Erbschaftssteuer in unmittelbarem Zusammenhang stand. So mag wohl die Sitte, welche uns diese Stelle bezeugt, wohl überhaupt schon lange bestanden haben, (s. §. 136. am Ende), und diese Sitte ist uns wiederum der Erklärungsgrund eines anderen späteren Gesetzes, das wir im Folgenden kennen zu lernen haben.

7) Vorher ist noch das letzte Gesetz mitzutheilen, in welchem die cretio und b. p. zusammen vorkommen, was hier auch schon aus der Titelüberschrift erhellt. Es ist die l. un. Th. C. de cretione vel bonorum possessione von Theodos II. u. Val. III. aus dem Jahr 426:

> **Patrem aliqua ex parte minorem esse matribus, non sinemus. Nam cum etiam infantis filii morientis mater bonorum solatia consequatur, cur de aetate ejus pater graves patiatur tendiculas, non videmus; et cum legitima successio non modo in matre, verum etiam in successoribus longius constitutis non bonorum possessionis petitionem, non cretionis solennitatem cogitur custodire, quali-**

4) Die Art, wie der Kaiser die missio der b. p. entgegensetzt: aut certe .... ex more petierit, zeigt es sehr deutlich, daß es eben eine allgemeine Sitte war, nicht bloß beim civilen Testament, sondern auch da wo man b. p. sec. tabulas agnosciren konnte, statt dessen die missio zu erbitten. Ob dies auch für das nuncupative Testament anzunehmen sei, davon nachher.

cunque contenta aditae vel adeundae hereditatis indicio, quanto magis pater talibus est vinculis exuendus? Atque ideo hac oratione sancimus, ut pater etiam infantis filii successionem, sive ille matre ejus moriente adeundae hereditatis vel petendae bonorum possessionis fuerit exsequutus officium, sive iste neglexerit, morienti filio infanti in qualibet aetate sine ambiguitate succedat.

Wenn ein **infans** ſeine Mutter beerbt, und nun ſelbſt wieder als **infans** ſtirbt, ſo ſoll das Vermögen jedenfalls an den Vater fallen [5]). Uns intereſſirt hier bloß, wie bei dieſer Gelegenheit die Antretungsformen aufgefaßt werden. Zuerſt fällt es auf, daß hier neben der Erbantretung für das Kind auch der Uebergang des Vermögens vom Kinde auf den Vater als eine Beerbung, nicht bloß als eine Einverleibung des Vermögens **jure patrio** aufgefaßt wird. Für den erſten Erbfall beim Tode der Mutter iſt nun die Darſtellung der Kaiſer ganz dem bisher ſchon beſtehenden Rechte gemäß. Die **cretio** war hier ja ſchon lange aufgehoben, und ſo iſt denn auch nur davon die Rede, daß der Vater durch formloſe **aditio** oder Agnition der **b. p.** die Erbſchaft für den **infans** erwerben konnte.

Wenn nun aber das Kind wieder ſtirbt, ſo tritt der zweite Erbfall ein, und hier ſoll nach der Beſtimmung der Kaiſer **qualecunque aditae vel adeundae hereditatis indicium** genügen. Der Kaiſer findet es noch beſonders gerathen, zu erklären, daß hier weder **cretio** noch **b. p.** nöthig ſein ſoll, und er rechtfertigt dies noch beſonders dadurch, daß ja auch die Mutter ihr Kind ohne dieſe Formalitäten beerbe, wodurch auf jenes Conſtantiniſche Geſetz (**l. 1 Th. C. de legit. her.**) verwieſen wird, das wir unter Nro. 1. haben kennen lernen. Alles dies aber zeigt doch, daß die Kaiſer den Erwerb dieſes Kindesvermögens nicht als ein ganz eigenthümliches Einverleiben **jure patrio**, ſondern ebenſo wie wenn die Mutter ihr

5) Damit wurde alſo die dieſen Punkt betreffende Beſtimmung der l. 4 Th. C. de matern. bon. aufgehoben, ſ. §. 136 Nro. 3.

Kind beerbt als ein ganz gewöhnliches Erbewerden auffassen [6]). Es besteht nur die sehr natürliche Eigenthümlichkeit, daß, da der Vater ja doch der ist, welcher in beiden Erbfällen die Antretung vornimmt, von ihm auch überhaupt nur eine solche Antretungshandlung verlangt wird. Denn wenn er gleich nach dem Tode der Mutter für das Kind die Antretungshandlung vornahm, so wird er doch, da er nicht den Schaden des Kindes wollen kann, genügend untersucht haben, daß die Erbschaft annehmbar sei, und so bedarf es auch jetzt, nachdem das Vermögen stets unter seinen Händen geblieben ist, und es nun ihm selbst deferirt wird, nicht seiner nochmaligen Erklärung. Sein Erbrecht ist allerdings durch sein **jus patrium** begründet, aber es ist darum nicht minder ein wahres Erbrecht, wie unsere Stelle sehr deutlich zeigt, und das wird dadurch nicht verändert, daß nach des Kaisers Bestimmung seine Antretung schon in jener früheren Antretung für das Kind gefunden werden soll [7]). Und ebenso wird auch umgekehrt ein doppelter Erbfall angenommen, wenn der Vater damals die Antretung unterließ, indem die jetzt vorgenommene zugleich die retrotractive Wirkung haben soll, als wenn gleich damals das Kind Erbe geworden wäre [8]).

Ueberhaupt also soll, was nach der Eigenthümlichkeit des Falles sehr erklärlich ist, für den doppelten Erbfall eine einzige Antretung genügen, und diese Antretungshandlung soll, mag sie damals beim Tode der Mutter oder jetzt beim Tode des

---

6) Wenn es kein Erbewerden wäre, wie sollte der Kaiser zu dieser weitläuftigen Exposition kommen, daß es keiner b. p. oder cretio, sondern lediglich der formlosen civilen Antretung bedürfe?

7) Aehnliches findet ja auch bei den Pupillarsubstitutionen statt, wenn der Substitut zugleich institutus ist.

8) l. 18 §. 1 C. de jure del. — Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, jure patrio quasi jam infanti quaesita capere. Diese Stelle hat nebst vielen anderen uns erhaltenen Bruchstücken ursprünglich mit der l. un. Th. C. de cretione zusammengehört. Die Worte jure patrio — capere haben die Ansicht veranlaßt, als wenn hier etwas Eigenthümliches und nicht eine gewöhnliche Beerbung vorläge.

Kindes vorgenommen sein [9]), weder den Formen der **cretio** noch der **b. p.** unterworfen sein.

§. 139. — 8) Wir gelangen jetzt auf die letzten Kaisergesetze, welche etwas die Agnitionsformen der **b. p.** Betreffendes enthalten. Es sind die beiden Novellen **Valentinians III.** (im Titel **20. de testamentis**) vom Jahr 446, wodurch wir wieder auf das Verhältniß der **b. p.** zu der **missio ex edicto Hadriani** zurückgeführt werden.

Die erstere handelt in sehr verwirrter Fassung von dem **testamentum principi oblatum.** Der Sinn ist in den Hauptpunkten folgender. Schon sein **divus avunculus** habe bestimmt, daß zu einem Testamente gar keine Formen nöthig seien, wenn man seinen letzten Willen dem Kaiser mittheile (**l. 19 C. de testam.**). Ein gewisser Leonius aber, der mit seiner Frau ein gegenseitiges Testament gemacht, habe, obgleich **munitus veteribus constitutis**, doch sich die kaiserliche Erklärung erbeten, und deßhalb wird hiemit das frühere Gesetz [1]) erneuert, und

9) Darauf geht der Gegensatz von: **aditae vel adeundae hereditatis indicium.** — Es werden also hiemit die eigenthümlichen Bestimmungen der l. 8. Th. C. de matern. bonis (s. Nr. 4. §. 137) wieder aufgehoben.

1) v. Löhr Constitutionen der R. Kaiser v. Theodos II. bis Just. S. 34. faßt dies so, daß das **test. princ. obl.** mit dem Zusatz bestätigt werde, es solle ganz die Eigenschaften eines gewöhnlichen Testaments haben. Aber die Bestätigung des frühern Gesetzes geschieht ganz unbedingt, und der Inhalt jenes Gesetzes wird ja gerade so referirt, daß danach außer der Oblation an den Princeps keine weiteren Formalitäten nöthig seien. Man sieht dies auch ganz klar aus dem §. 2, worin es heißt, wenn das civile, prätorische, nuncupative und richterliche Testament gültig seien, so sei dann auch noch vielmehr das dem Kaiser offerirte dafür zu halten, — **procul dubio manebit firmior haec voluntas, quae testimonio principis et subscriptione conditoris firmatur.** Das sind also die beiden einzigen Erfordernisse, die der Kaiser aufstellt. — Es wäre auch für die damalige Gesetzgebung sehr unnatürlich, wenn der Kaiser sich selbst das Recht abgesprochen hätte, Testamente lediglich durch ihre Annahme gültig machen zu können, und die übrigen Formen zu verlangen, durch die ja dann die Oblation wieder ganz unnütz wurde. Der §. 4, welcher v. Löhrs Ansicht hervorgerufen haben wird, soll mit einer Paraphrase versehen werden.

auch namentlich erklärt, daß aus der Reciprocität des Testamentes kein Ungültigkeitsgrund abgeleitet werden könne [2]). Der Umstand, daß jener Leonius, über die Gültigkeit des testamentum principi oblatum in Ungewißheit, noch ein besonderes Testament mit 7 Siegeln errichtet hatte, veranlaßt den Kaiser zu folgendem Satze, in dem er ausdrücken will, daß das test. pr. obl. allerdings auch ohne weitere Formalitäten gültig sei. Ich will ihm eine Paraphrase beifügen.

§. 4. **Idcirco, quia minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspici voluntatem, [cui multum roboris erit, si vel septem vel quinque testibus muniatur, — et virum spectabilem Leonium, praeter fiduciam precum pridem cum uxore communium, voluntas quoque alia et subscriptionibus testium munita defendit, apud eundem solida successione Jucundae conjugis suae jugiter permanente], quisquis voluerit delata nobis supplicatione testari, habeat liberam facultatem.**

d. h. ein Testament vor 5 oder 7 Zeugen ist allerdings ein vollkommen gültiges [3]), und deßhalb erhält der Leonius, weil er außer den dem Kaiser vorgetragenen preces ein anderes Testament vor 7 Zeugen gemacht hat, aus doppeltem Grunde die Erbschaft der Jucunda. Aber weil es gut ist, daß ohne Berücksichtigung der bisherigen Formalitäten lediglich der Wille des Verstorbenen in Betracht komme, so soll es Jedermann erlaubt sein, durch eine uns eingereichte Bittschrift zu testiren [4]).

---

2) §. 3. Cui nos aeternam tribui firmitatem legis hujus definitione censemus, quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis affectus, et simplex religio testamenta condentium. Dies ist wohl der Hauptgrund der Erlassung des Gesetzes, weßhalb denn auch gleich im §. 1. die Anerkennung der reciproken Testamente schon einmal vorkommt.

3) Cui multum roboris erit; der Kaiser gebraucht diese Ausdrücke, weil er vorher gesagt hat (s. Note 1), daß ein testamentum princ. obl. noch viel mehr Kraft habe.

4) Der Kaiser sagt also nicht, daß von jetzt alle Testamentsformalitäten wegfallen, und nur der Wille des Verst. in Betracht kommen soll, sondern, indem er die übrigen Testamentsformen bestehen läßt, will er nur eine Art der Testamente daneben stellen, bei der alle For-

An dieſen §. 4. knüpft ſich nun folgender für uns höchſt wichtige Satz:

§. 5. **Cujus heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequetur, nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus.**

Die heutigen Schriftſteller [5]), welche ſich über dieſe Stelle überhaupt erklären, verſtehen ſie ſo, daß damit die Agnition der **b. p.** überhaupt aufgehoben worden ſei. Aber ich kann dies unmöglich für richtig halten.

Laſſen wir einſtweilen die Endworte noch außer Acht, ſo beſtätigt unſere Stelle jedenfalls unſere obige Erklärung der **l. 19 C. de testam.** Beide Stellen ſtimmen überhaupt faſt wörtlich überein, und indem dort Honorius erklärt, die Agnition der **b. p.** ſolle beim **testamentum principi oblatum** nicht mehr nöthig ſein, ſo iſt dies eben die Veranlaſſung, daß daſſelbe nun auch von Valentinian wiederholt wird. Durch die Art aber, wie jener Satz des Honorius hier wiedergegeben wird, beſtätigt ſich völlig das oben darüber Geſagte. Der Gedanke Valentinians iſt offenbar folgender: Die **b. p. agnitio** hat den Vortheil, daß man dadurch ein beſonderes Rechtsmittel auf Beſitzeserlangung der **corpora hereditaria**, d. i. das **Interd. quor. bon.** erhält, da aber ganz daſſelbe auch durch die **missio** des Hadrian gewährt wird, ſo ſoll überhaupt die **b. p.** für das **test. principi oblatum** ganz aufgehoben ſein [6]).

---

malitäten fehlen und nur die voluntas inspicitur. — Ganz daſſelbe ſagt ſchon das principium; und ganz ähnlich ſind ja auch die Ausdrücke der dem Kaiſer vorſchwebenden l. 19 C. de testament.

5) v. Löhr a. a. O. S. 38 ſagt: „Zum Erwerbe der Erbſchaft nach Prätoriſchem Rechte (d. i. um die Vortheile der b. p. zu genießen) bedarf es keiner beſonderen agnitio b. p. mehr.“ Hugo RG. S. 995. Z. 5: „die Nothwendigkeit der b. p. ward im Weſten allgemein erlaſſen.“ Dieſelbe Anſicht ſpricht Schrader in der Inſtitutionenausgabe 477 aus.

6) Wir können hier nicht ſo, wie oben bei der cretio, unterſcheiden, ob die b. p. agnitio wirklich verboten oder bloß für unnütz erklärt wird. Da es ſich hier nur um einen beſtimmten zu erlangen-

An diesen Satz, dessen Inhalt unzweifelhaft ist, knüpft nun der Kaiser die Worte: **quam generaliter omnibus relaxamus**, worin die allgemeine Aufhebung der **b. p. agnitio** liegen soll. Mir scheint dies schon zuförderst nach rein grammatischen Gründen höchst unwahrscheinlich. Der Hauptsatz beginnt mit **Cujus heres** d. i. der eingesetzte Erbe, und es ist doch das Natürlichste, daß wir das **omnibus** des Nebensatzes auf das Subject des Hauptsatzes zurückbeziehen, daß wir also alle auch in anderen Testamenten eingesetzten Erben darunter verstehen. Hierzu kommt der große logische Fehler, dessen sich der Verfasser des Gesetzes schuldig gemacht haben würde, wenn er mehr als alle testamentarischen Erben unter den **omnibus** verstanden hätte, ein Fehler, der doch auch einem damaligen Gesetzesverfasser auffallen mußte.

Der Kaiser sagt nämlich, die **b. p.** sei beim **testamentum principi oblatum** nicht nöthig, da der Erbe ja schon durch die **missio** ihre Vortheile erlange, und nun fügt er hinzu, die Agnition solle überhaupt Allen erlassen sein. Natürlich können doch aber unter diesen „Allen" nur die verstanden werden, welche ein Recht auf die **missio** haben, und das sind ja nur die testamentarischen Erben. Wenn auch für die übrigen Erben die **b. p.** aufgehoben würde, so wäre ja das kein Erlassen, kein **relaxare**, da sie kein solches an die Stelle tretendes Rechtsmittel haben, es würde eine Verschlechterung ihrer Stellung sein, was den Worten unseres Gesetzes doch vollkommen widerspricht.

Hiergegen wird man vielleicht einwenden, daß damals schon überhaupt allen **heredes** auch ohne Agnition das **Interd. quorum bonorum** zugestanden habe, daß also deßhalb sehr gut Valentinian ihnen die Nothwendigkeit der Agnition erlassen konnte, indem ihnen das possessorische Rechtsmittel dadurch doch nicht entzogen wurde. Wir werden im folgenden Kapitel sehen, daß die Stelle, worauf man sich für diese Behauptung beruft, dieselbe durchaus nicht beweist. Hier aber leuchtet jedenfalls

---

den Vortheil handelt, so heißt es die b. p. aufheben, wenn man sie für unnöthig erklärt, und den daraus hervorgehenden Vortheil an einfachere Voraussetzungen knüpft. Die Erbittung der **missio** hat man aber doch offenbar damals als das Einfachere angesehen.

ein, daß die unsrige ihr geradezu widerspricht. Denn wenn schon durch ein früheres Gesetz das **Int. quor. bon.** allen **heredes** auch ohne Agnition verliehen worden war, so war sie ja damit schon aufgehoben, weil das Interdict den einzigen eigenthümlichen Vortheil der Agnition bildete. Wie sollte aber der Kaiser die Nothwendigkeit der Agnition hier nochmals aufheben können? Und wie sollte der die besondere Aufhebung derselben beim **test. pr. obl.** dadurch rechtfertigen können, daß dem **scriptus** ein anderes Rechtsmittel, die **missio**, zustände, während er vielmehr sagen müßte, daß bei dieser neuen Testamentsform die Agnition deßhalb unnöthig sei, weil auch schon allen übrigen Erben ohne dieselbe das **Int. quor. bon.** zustehe?

Schon hiernach scheint mir jene entgegengesetzte Interpretation unmöglich, und nun erwäge man noch, daß, so sehr sich auch civile und Prätorische Erbantretung praktisch gleichgestellt hatten, doch die völlige formelle Aufhebung der letzteren noch immer ein zu wichtiger Punkt gewesen wäre, um in einem Gesetze, das nur von Testamenten handelt, so ganz im Vorbeigehen und in so kurzen Worten abgethan zu werden. Man bedenke ferner, daß bei dem Zustande der damaligen Rechtsquellen man gerne gewisse Unterschiede noch festhielt, um die klassischen Juristen besser zu verstehen, daß also, vor einer (damals freilich schon sehr nothwendigen) Compilation der gesammten Rechtsquellen, eine vollkommene Verschmelzung der Prätorischen Antretungsregeln mit der **hered. aditio** durchaus nicht passend gewesen wäre. Und zuletzt erwäge man noch Folgendes, was mir entscheidend zu sein scheint.

Wenn jetzt schon die Nothwendigkeit der Agnition allgemein aufgehoben wäre [7]), und sich dies bis Justinian in fast hundertjährigem Zeitraume festgesetzt hätte, wie sollen wir uns erklären, daß Justinian nun entschieden in seiner Compilation

7) Hugo nimmt dies freilich nur für den Westen an; aber die Novelle wurde doch auch im Osten publicirt, und sie wäre gewiß allgemein sehr gern befolgt worden, da es sich hier um die Aufhebung einer Beschränkung handelt; wogegen jenes Theodosische Gesetz, das umgekehrt beschränkend in die bisherige Sitte zu testiren eingriff, großen Widerstand finden mußte, und auch wirklich, wie wir gesehen haben, nur in den Städten des Orients durchdrang.

jene Nothwendigkeit wieder anerkennt? In allen anderen Lehren befolgt er doch stets das Princip, daß, wo ein freieres Recht an die Stelle früherer Formalitäten getreten ist, er nie diese letzteren, was auch für seine Zeit ganz unnatürlich gewesen wäre, wiederherstellt. Solch ein Kaisergesetz, wodurch die Agnition schon vor 100 Jahren vertilgt worden wäre, wieder aufzuheben, wäre, ich glaube nicht zu viel zu sagen, für Justinian eine reine Undenkbarkeit. Jedenfalls aber (wir wollen einmal zugeben, daß Justinian darauf hätte kommen können), würden sich dann doch Spuren in seiner Compilation finden, daß er zu dem früheren beschränkteren Rechte zurückgekehrt sei, er würde nicht ermangeln, uns die Gründe, die ihn dazu veranlaßten, wissen zu lassen. Von dem Allen ist aber gar nicht die Rede. Im Gegentheil an den Stellen, wo Justinian selbst von der Agnition redet, bezieht er sich ausdrücklich auf die frühere Kaisergesetzgebung, als eine von ihm durchaus anerkannte [8]), ja er lobt ausdrücklich allgemein seine Vorgänger in diesem Punkte [9]), er kann doch also unmöglich gerade das Endresultat, welches seine Vorgänger erlangt hatten, mißbilligt haben.

Wir sehen, daß weder die Stelle selbst, noch auch Justinians Gesetzgebung irgend das rechtfertigen, was man dem Valentinian hat zuschreiben wollen. Aber es ist hier schon ein besonderer Punkt zu erwähnen, auf den Löhr für seine Interpretation besonderes Gewicht legt. In seiner Uebersicht der Const. I. Heft. S. 92. Note 2. bemerkt er [10]), es werde dadurch die **Interpretatio** der Westgothischen Compilation „vollkommen" erklärt, welche, wie wir sehen werden, die Agnition der b. p. für gänzlich unpraktisch erklärt. Dagegen erhebt sich schon der Zweifel, daß gerade bei unserer Novelle, auf der die ganze Sache beruhen soll, die **Interpretatio** gar nicht davon spricht, daß sie an einer ganz anderen Stelle in einer Weise

8) s. oben §. 135. Note 4.

9) §. 10. I. de b. p. — Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt. Anzunehmen, Justinian habe hier das Recht der letzten hundert Jahre übersehen, und irrthümlich das frühere Recht für das bis auf seine Zeiten fortbestehende gehalten, wäre doch zu gewagt.

10) Aehnlich auch in seinem Magazin III. 346. Note.

ſich ausdrückt, welche zeigt, ſie habe ein einzelnes aufhebendes Geſetz gar nicht vor Augen gehabt. Deßhalb drückt auch wohl v. Löhr ſpäter (Heft II. S. 39.) ſich milder aus, es werde durch Valentinians Novelle die **Interpretatio**, oder „wenigſtens das Schwierigſte derſelben“ erklärt.

Ich werde alsbald auf die genauere Erörterung dieſes Punktes zurückkommen; jedenfalls giebt auch v. Löhr zu, daß die Valentinianſche Stelle zur Erklärung der **Interpretatio** keineswegs genügt; und wir werden überhaupt wohl dahin gelangen, dieſe Erklärung auch ganz ohne jene Stelle zu finden, während wir, wenn Valentinian die Agnition wirklich aufgehoben hätte, auf eine Vereinigung dieſer Beſtimmung mit der Juſtinianiſchen Compilation wohl Verzicht leiſten müßten. Es iſt doch ſchon von vorn herein natürlicher, daß in der Weſtgothiſchen Compilation etwas aufgehoben wurde, was bisher dem Buchſtaben nach noch beſtand, als daß Juſtinian wieder etwas ins Leben gerufen hätte, was auch ſchon dem Buchſtaben nach völlig verſchwunden war.

Ich glaube hiernach als ſicher annehmen zu dürfen, daß die Novelle Valentinians die Aufhebung der Agnition lediglich für das Gebiet der teſtamentariſchen Succeſſion angeordnet hat [11]). Daß aber in dieſem Gebiete von keiner **b. p.** mehr die Rede ſein ſollte, zeigt gleich die folgende Novelle, welche die Agnition gar nicht mehr erwähnt, ſondern lediglich von der **missio ex edicto Hadriani** redet [12]).

§. 1. in fin. Scripto enim taliter sufficiet heredi,

---

11) Jedenfalls nimmt es Wunder, daß heutzutage von dieſer Stelle ſo wenig die Rede iſt, während die l. 9 C. qui admitti, allenthalben und oft ganz allein angeführt wird, um die Umgeſtaltung der b. p. in der Kaiſerzeit darzuſtellen. Und doch iſt dies Geſetz, wenn auch recht bedeutend, doch im Laufe der ganzen Rechtsentwickelung nur von untergeordneter Wichtigkeit, da es in der ganzen Lehre nichts eigentlich umgeſtaltet hat, auch nicht einmal die Bedeutung der Agnition. Es hat nur den Leuten bequemer gemacht, was bis dahin mit ganz unnützen Unbequemlichkeiten behaftet war.

12) Deßhalb kann man nicht umgekehrt in den entgegengeſetzten Fehler fallen, jene Worte **quam generaliter omnibus relaxamus**, in zu enger Interpretation, lediglich auf alle in einem **test. principi oblatum** Eingeſetzten zu beziehen.

asserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipiunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.

Nur eine Frage iſt hier noch aufzuwerfen; Valentinian hebt die **b. p.** ſoweit auf, als das Gebiet der **missio** des Hadrian reicht. Fand nun dieſe auch bei mündlichen Teſtamenten Statt? — Wenn wir dies bejahen können, ſo dürfen wir auch die **b. p. secundum nuncupationem** für aufgehoben halten.

Die Quellenausſprüche ſind aber freilich einer ſolchen Bejahung nicht ſehr günſtig. Es iſt immer nur vom **scriptus heres** die Rede, und bekanntlich ſpricht auch Juſtinian bei der Beſtätigung dieſer Miſſion von der Vorweiſung einer Teſtamentsurkunde. Dennoch ſcheint es mir wahrſcheinlich, daß man analog auch beim mündlichen Teſtament ſie zugelaſſen hat. Es iſt auch hier wieder ſehr natürlich, daß nur vom **scriptus** die Rede iſt (ſ. Bd. I. S. 190), und es beweiſt das nichts gegen die mündlichen Teſtamente. Ueberhaupt aber war die **missio** gar nicht ſo, wie ſie Juſtinian in der **l. ult. C. de ed. d. Hadr. toll.** auffaßt, an die Vorweiſung einer Urkunde gebunden, ſondern ſie war die Folge der Teſtamentseröffnung und Publication, welche letztere wiederum wegen der Erbſchaftsſteuer unter beſtimmte Regeln geſtellt worden war [13]). Wie ſich aber die Steuer und auch die Publication auf mündliche Teſtamente bezog, wenn gleich die **lex** nur von den im Leben durchaus vorherrſchenden **tabulae** ſprach, ſo wird man denn auch unbedenklich aus einem nuncupativen Teſtamente die mis-

13) Paul. rec. sent. III. 5. §. 16. In eo testamento, quod nec ut oportuit oblatum nec publice recitatum est, heres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat. IV. 6. §. 3. Testamentum lex (vicesimaria) statim post mortem testatoris aperiri voluit. et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a praesentibus intra triduum vel quinque dies aperiendae sunt tabulae; ab absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint, nec enim oportet testamentum heredibus aut legatariis aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri.

sio ertheilt haben. Bestätigt wird dies durch die oben (Nro. 6) mitgetheilte l. 7. Th. C. de testamentis, wo nach Erwähnung der b. p. sec. tabulas und sec. nuncupationem mit aut certe die missio daran geknüpft wird, als etwas ex more an die Stelle Beider Tretendes.

Danach gewinnt denn auch die Novelle Valentinians den natürlichsten Sinn. Unter den omnibus weniger als alle testamentarischen Erben zu verstehen, würde gezwungen sein; da aber die b. p. doch nur so weit aufgehoben wird, als die missio reicht, so müssen wir auch annehmen, daß die missio ein allen testamentarischen Erben zustehendes Rechtsmittel war.

§. 140. — 9) Die Umgestaltungen der Agnitionsregeln sind, so weit sie den Justinianischen Compilatoren vorlagen, und auf die Abfassung des **Corpus Juris** eingewirkt haben, hiemit dargestellt. Es ist nur noch, ehe wir dies Kapitel schließen, anhangsweise anzugeben, in welcher Gestalt sich unsere Lehre in der Westgothischen Compilation vorfindet. Abgesehen von dem Interesse, welches dies schon an und für sich gewährt, ist es um der Rückschlüsse willen von Bedeutung, welche man daraus für den Inhalt jener Novelle Valentinians gezogen hat.

Wie nun das **Breviarium Alaricianum** die b. p. auffaßt, ist einfach genug zu sagen. Die Agnition derselben wird vollkommen als aufgehoben betrachtet, und die Rechte, welche das Prätorische Erbrecht gewährt, also das definitive durch her. pet. zu verfolgende, sowie das possessorische Int. quor. bon. werden schon durch formlose hereditatis aditio erworben; und gleiches Schicksal mit der Prätorischen Antretungsform hat die solenne cretio.

Die Beweise für diese Sätze sind leicht erbracht. Zu der l. un. Th. C. de cretione vel bonorum possessione bemerkt die Interpretatio:

> Cretio et bonorum possessio antiquo jure a practoribus petebatur (!), quod explanari opus non est, quia legibus utrumque sublatum est. Et ideo infans, licet loqui non possit, tamen he-

reditatem sibi debitam capit, cui morienti pater aut is, qui proximus fuerit, ex lege [1]) **succedit.**

Deßhalb iſt im Anfange des dritten Buchs von **Paul. receptae sententiae** der eigene Titel **de bon. poss.**, woraus wir noch **fr. 16 de bon. poss.** u. **fr. 7. rat. rem hab.** beſitzen, ganz weggelaſſen, und deßhalb erwähnt auch die **Interpretatio**, wenn im Texte die Agnition der **b. p.** noch vorkommt, derſelben nie mehr. So ſagt **Paul. rec. sent. III. 5. §. 1. Hereditas — adiri non potest, neque bon. poss. postulari** (ſ. auch §. 10), wogegen die **Interpr.** ſtatt deſſen nur die Worte hat: **hereditas illius ab herede adiri non potest.** So lautet bei **l. 7 pr. Th. C. de testam.**, wonach gleich bei der Erbantretung der Wille erklärt werden ſoll, ob man als Erbe oder Fideicommiſſar auftrete (ſ. oben Nro. 6), ohne alle Unterſcheidung von Agnition der **b. p.** und Erbittung der **missio**, folgendermaßen: **tunc in primordio adeundae hereditatis suam publicare non desinat voluntatem, utrum ex testamento, an per nuncupationem, an per fideicommissum hereditatem sibi eligat vindicandam** [2]). Und zu **l. 1 Th. C. de legit. her.**, worin die **b. p. agnitio** für einen beſtimmten Fall aufgehoben wird, heißt es: **Sed in hac successione sola constitutio praesens sufficit, ut inter matrem, patruos eorumque filios et nepotes bonorum possessio praesumatur.**

Was hier für einen beſonderen Fall geſagt wird, iſt überhaupt die allgemeine Anſchauung der **Interpretatio**, d. h. die Agnition der **b. p.** wird **präſumirt**, und es ſteht jedem Erben, auch ohne die Agnitionshandlung, das beſondere **beneficium** der **b. p.** nämlich das **Int. quor. bon.** zu. Dies Interdict wird aber ganz als eine **gerichtliche Immiſſion** des Erben behandelt, wie die Darſtellung zum **tit. Th. C. quor. bon.** ſehr deutlich zeigt:

Justum esse decernimus, ut, quodcunque auctor usque in diem vitae suae tenuerit, petentibus

1) d. h. mit gewöhnlicher hereditatis aditio.

2) ſ. auch die Interpr. zu l. 2 Th. C. de integri rest. — cum primum ad eum hereditas defuncti pervenerit.

heredibus debeat consignari, illi postea, cui competit, actione servata. Virum quoque intestatae uxoris suae facultatem, quae sine filiis recessit, consanguineis ejus, qui legitimi sunt, tradere mox sine ulla dilatione praecipimus, et maritum minime prohibemus, si quas sibi competere putaverit actiones.

Es ist hier offenbar der Gegensatz gemacht zwischen einem eigentlichen processualischen Verfahren und der einstweiligen raschen gerichtlichen Consignirung der **corpora hereditaria**, um welche der wahrscheinliche **heres** auch ohne bestimmte Gegner nachsuchen kann, welche aber auch wo ein bestimmter Gegner und Besitzer vorhanden ist, ohne weitere Widerrede desselben, also ohne einen eigentlichen Proceß durchgesetzt wird. Hiernach ist also ein Unterschied des **Int. quor. bon.** von der **missio ex edicto Hadriani** gar nicht mehr vorhanden. Auch diese letztere ist eine richterliche Einweisung, mögen andere Besitzer vorhanden sein, oder nicht. Und da die Westgothische Compilation sie bei Testamenten anerkennt [3]), so ist damit das **Int. quor. bon.** auf die Intestatsuccession beschränkt, und nicht ohne Grund hat man deßhalb in den epitomirten Titel **Th. C. quor. bon.** nur eine von Intestaterben handelnde Stelle aufgenommen. Uebrigens war ja auch schon wie wir gesehen haben in der vorhergehenden Kaiserzeit die Anwendbarkeit des Interdictes auf die Intestatsuccession beschränkt worden, und so mag auch vielleicht schon im ächten **Th. C.** der davon handelnde Titel keine anderen Stellen weiter enthalten haben. —

Es bleibt mir nur noch zu untersuchen übrig, wie die Westgothische Compilation zu der eben dargestellten Gestaltung der **b. p.** gekommen ist, also namentlich aus welchem Grunde die Nothwendigkeit der Agnition hier als ganz aufgehoben erscheint, denn sobald man diese fallen ließ, so folgte das Uebrige eben Angegebene von selbst. Es ist vorher schon angeführt,

---

3) Interpr. zu Paul. rec. sent. III. 5 §. 15. Si inter institutum et substitutum heredem intentio de hereditate nata fuerit, ille in possessionem rerum hereditariarum mittendus est, qui institutus magis probatur, quam is qui legitur substitutus.

daß v. Löhr sie aus der Novelle Valentinians erklärt. Aber dann würde doch in der **Interpretatio** gerade bei dieser davon die Rede sein, was aber gar nicht der Fall ist. Vielmehr handelt die **Int.** davon bei Gelegenheit eines Gesetzes, welches nur eine ganz partielle Aufhebung der **b. p.** enthält. Da nun die Worte jener Novelle selbst auch gar nicht zu diesem Resultate führen, so können wir sie allein zu der Erklärung der Westgothischen Compilation überall nicht benutzen, auch nicht einmal so, daß man sich aus einem Mißverständniß derselben die Darstellung der **Interpretatio** entstanden denken könnte, denn dann würde sie sich doch wenigstens gerade auf dies Gesetz beziehen.

Die im Anfange dieses §. schon mitgetheilten Worte der **Int.** über die Aufhebung der **b. p.** geben uns aber sehr einfach an die Hand, wie man sich die Sache zu denken habe. Die **b. p.** wird mit der **cretio** zusammengestellt, und von Beidem bemerkt, es sei **legibus sublatum.** Ebenso wie wir nun von der **cretio** gesehen haben, daß die Kaisergesetze nur eine partielle Aufhebung derselben enthalten, was die **Interpretatio** aber als eine vollständige auffaßt, so können wir dasselbe wohl unbedenklich auch von der **b. p.** gelten lassen. Die **b. p.** war durch eine Reihe von Gesetzen schon in vielen Punkten aufgehoben worden, und zu diesen Gesetzen gehört denn allerdings auch die Novelle Valentinians. Man fand es nur eben passend, im **Breviarium** weder die **cretio** noch die **b. p.** fortbestehen zu lassen, und so stellte man beide so dar, als wenn sie schon durch die früheren Kaisergesetze vollständig aufgehoben worden wären. Auf historische Genauigkeit kam es ja den Verfassern nicht an, wie sie gerade in der angeführten Stelle sehr schlagend beweisen, indem sie von der **cretio** sagen, sie sei **antiquo jure** von den Prätoren nachgesucht worden.

Der eigentliche Aufhebungsgrund ist also lediglich im **Breviarium** selbst zu finden. Es schien kein praktisches Bedürfniß mehr, eine besondere Agnitionsform noch ferner bestehen zu lassen, und die Verfasser sind darum wahrlich nicht zu tadeln. Auch in Justinians Compilation hätte dies füglich ebenso gestaltet werden können, es ist aber nun einmal nicht völlig

geſchehen. Sobald wir annehmen, es ſei die Agnition in den Juſtinian vorliegenden Geſetzen noch nicht allgemein aufgehoben worden, ſo erklärt ſich dies leicht. Juſtinian iſt eben nicht darauf gekommen, hier eine völlige Aenderung eintreten zu laſſen, oder er hat auch die Art, wie er die Agnition beſtehen läßt, geradezu für ſeine Zeit paſſend gefunden [4]).

§. 141. Wir ſind nunmehr zum Schluſſe dieſes Kapitels gelangt. Stellen wir die Reſultate deſſelben nochmals kurz zuſammen.

1) Die **cretio** iſt vor Juſtinian noch keineswegs **de jure** ganz aufgehoben; ob ſie in irgend einem der drei oben angegebenen Fälle noch wirklich im Leben vorgekommen ſei, bleibt freilich ungewiß. Jedenfalls aber war ſie nirgends mehr eine Nothwendigkeit, ſondern konnte ſtets durch **pro herede gestio** erſetzt werden. (Nr. 1. 3. 4. 7.).

2) Die **missio ex edicto Hadriani** hat, ſo weit ſie reicht, alſo für das Gebiet der teſtamentariſchen Succeſſion die Agnition der **b. p.** ganz verdrängt. (Nr. 5. 6. 8.).

3) Im Notherbenrecht und dem Inteſtaterbrecht, beſtand, ſobald es eine **successio ex jure praetorio** war, die Agnitionspflicht für den der Erbe werden will, im Allgemeinen noch fort. Nur iſt ſie **ab intestato** für die Mutter und die mit ihr concurrirenden Agnaten aufgehoben (ſ. Nr. 1), und damit alſo die eigenthümliche Reihenfolge vernichtet, welche wir in **fr. 2 §. 18 ad SC. Tertull.** finden [1]). Umgekehrt war dem für das Kind antretenden Vater auch die **hereditatis aditio** unter die Agnitionsregeln der **b. p.** geſtellt worden (Nr. 4.), was aber ſpäter wieder für unnöthig erklärt wird (Nr. 7.).

Dagegen um im Notherbenrecht und in der Inteſtatſucceſſion das **Int. quor. bon.** zu haben, muß gleichmäßig bei jeder **successio juris Praetorii** und **civilis** (denn natürlich

4) Wir werden ſpäter hierauf zurückkommen.

1) Es iſt zu bemerken, daß die **l. 1 Th. C. de legit her.** noch vor der **l. 9 C. qui admitti** erlaſſen wurde, welche erſt das Agnosciren **inter alienam vicem** erlaubte. Aber auch nachher hatte die **l. 1** noch ihre Bedeutung, da das Erbrecht der Mutter ein rein civiles ſein ſollte, alſo überhaupt nicht mehr der Agnition bedurfte.

kann auch jeder **heres b. p.** agnosciren) die Agnition in der beſtimmten Friſt geſchehen, und wenn alſo, wie eben erwähnt wurde, der Mutter in **l. 1 Th. C. de legit. her.** ein rein civiles Recht verliehen wird (Nr. 1.), ſo iſt nicht daran zu denken, daß ſie beſſer geſtellt ſein ſollte, als alle übrigen Civilerben, daß ſie alſo nun auch ohne Agnition das **Int. quor. bon.** hätte anſtellen können.

4) Wo aber, ſei es zur Erlangung des definitiven Erbrechts, ſei es um des **Int. quor. bon.** willen, die Agnition noch nöthig iſt, da hat ſie doch eine ſehr vereinfachte Form erhalten (Nr. 2. u. 3.), ſo daß ſie im praktiſchen Reſultat wenig drückender war als die **aditio simplex.**

Viertes Kapitel.

Umgeſtaltung des Interdictum quorum bonorum.

§. 142. Unſere Unterſuchung iſt jetzt ſo weit gediehen, daß wir die völlige Umgeſtaltung des Begriffs der **b. p.** in der Kaiſerzeit wohl als etwas Feſtſtehendes betrachten können. Wir haben gefunden, daß ſie ſchon zu Diocletians Zeit durchaus vorlag, daß die Veränderungen der Kaiſer in den Agnitionsformen nicht die Urſache derſelben, ſondern die natürliche Folge geweſen ſind. Es bleibt nun noch ein wichtiger Punkt übrig. Das **Int. quor. bon.** beſteht in der Kaiſerzeit, wie ſchon oben bemerkt wurde, durchaus fort, aber es iſt die Frage, ob es unverändert die Geſtalt behalten konnte, welche wir in unſerem erſten Bande als das Ergebniß der klaſſiſchen Juriſtenzeit gefunden haben. Ich habe dort entwickelt, daß dieſe Geſtalt, wie die Quellen ſie uns nachweiſen, genau mit dem ganzen Weſen und Begriff der **b. p.** zuſammenhängt und ſich daraus erklärt. Indem nun aber dieſer Begriff umgeworfen wurde, mußten nothwendig auch ſeine Folgerungen, und darunter gehört das **Int. quor. bon.**, gleiches Schickſal theilen. Es iſt oben ſchon ausgeführt, daß die **fictitiae actiones** ſeit Diocletian ihre Eigenthümlichkeit völlig verloren haben; ebenſo gut wie der Prätoriſche Erbe ganz gleich dem **heres** die **successionis vindicatio** hat, ſo hat er auch die dieſem zuſtehenden Einzelklagen (dingliche wie perſönliche), und da das Prätoriſche

Erbrecht ein durchaus definitives geworden, so ist natürlich von einer Fiction weder bei der **her. petitio** noch bei den Einzelklagen die Rede.

Das **Interdictum quor. bon.** ist dagegen nicht, wie die **fictitiae actiones**, in der allgemeinen Ausgleichung der petitorischen Erbrechtsmittel untergegangen, aber seine bisherige Gestalt konnte es doch nicht behalten. Daß es in der Kaiserzeit ein durchaus anderes Rechtsmittel geworden ist, welches mit seiner früheren Gestalt nur noch in einzelnen Punkten, die aber jetzt auf ganz anderem Grunde ruhen, übereinstimmt, — das zu beweisen liegt mir jetzt ob. Dieser Beweis ist natürlich auf zwei Punkte zu richten, wir müssen den Inhalt der Umgestaltung, und die Zeit, in die sie zu setzen ist, prüfen. Beide Punkte aber können in der Darstellung selbst nicht äußerlich getrennt werden. Wir werden sehen, daß die Umbildung des Interdicts mit der Umgestaltung des ganzen Begriffs der **b. p.** Hand in Hand gehen mußte, also schon um die Zeit Diocletians zu setzen ist. Als Einleitung zu unserer Untersuchung muß ich zuerst den Begriff der **b. p.**, zur Zeit der klassischen Juristen, wie er im ersten Bande, in die einzelnen Untersuchungen zerstreut, ausgeführt ist, hier in seinen Hauptpunkten noch einmal besonders genau zusammenstellen.

Die **bon. possessio** ist nach Anschauung der klassischen Juristen noch durchaus nicht mit der **hereditas** zu coordiniren, sondern beide verhalten sich so zu einander wie die (**rerum**) **possessio** und **dominium** [1]). **Possessio** ist die factische Ausübung des Eigenthumsrechts, **bon.** oder **hereditatis possessio** die factische Ausübung des Erbrechts, und gerade deßhalb hat sie eben diesen Namen bekommen. Beide, **possessio** und **bonorum possessio**, sind indeß nicht bloß factische Verhältnisse, sondern Rechte, aber sie unterscheiden sich noch wieder dadurch, daß der **bon. possessor** stets **auctore Praetore possidet** [2]), während das bei der **possessio** vorherrschend

1) Bd. I. S. 215 ff Von den heredes wird gesagt (fr. 9 §. 12 de her. inst.) juris successores sunt, von der b. p. (fr. 3 §. 1 de bon. p.) juris possessio est. Dies objective jus ist bei Beiden dasselbe.

2) Bd. I. S. 222.

nicht der Fall ist. Deßhalb gewinnt die **bon. poss.** einen durchaus juristischen Charakter, während die **possessio non solum juris sed et corporis** ist.

Beide aber sind trotz dieser Verschiedenheit doch immer darin gleich, daß sie, besondere Ausnahmen abgerechnet, nur interimistische Rechte sind, in deren eigentlichem Wesen das dauernde Behalten des Rechts, das man ausübt, durchaus nicht enthalten ist. Ueber Erbrecht entschieden früher bei den Römern die Centumvirn [3]), der Prätor kann in Folge seines Imperium allerdings einstweilige Verfügungen über rasche Regulirung der Erbschaftsangelegenheit nach bestem Ermessen treffen, aber dem Erbrecht selbst wird dadurch nicht präjudicirt. Wenn die Römer sagen, der **bon. possessor** sei kein **heres**, so dürfen wir das nach ihrer damaligen Anschauung nicht übersetzen, er sei kein Civilerbe, das war auch noch in der späteren Kaiserzeit ebenso und verstand sich von selbst, — sondern er war überhaupt nicht (definitiver) Erbe, er war nur der durch Prätorische Machtvollkommenheit constituirte Ausüber des Erbrechts, also **loco heredis, fictus heres.**

Diese Ausübung ist aber im weitesten Sinne genommen, sie umfaßt nicht bloß den Besitz der körperlichen Sachen, sie umfaßt die vollkommene Repräsentation des Verstorbenen, also die **bon. poss.** ist allerdings Universalsuccession, aber doch eben nur die Ausübung der Universalsuccession [4]). Deßhalb wird bei der **bon. possessio** und den dadurch veranlaßten Processen vom definitiven Erbrecht gar nicht gehandelt, und gerade hiedurch wird sie zu einem für **heredes** und nicht **heredes** dem Namen [5]) wie der Sache nach gleichmäßig passenden Institute. Für den **heres** um der raschen Besitzerlangung willen [6]), für den Nichtheres, damit wegen der Säumigkeit des **heres** Jemand da sei, der **tanquam heres distrahere hereditatem** [7]), und alle Interessirte befriedigen könne.

---

3) Bd. I. S. 393 ff.
4) Bd. I. S 397.
5) Bd. I S. 97. S. 291.
6) Bd. I. S. 95. ff. S. 394.
7) fr. 23 de her. inst.

Freilich kann es kommen, daß dieser Nichtheres nun auch die Erbschaft behält. Deßhalb hat der Prätor nicht jeden Beliebigen, sondern nur die späteren Civilklassen und andere nahe stehende Personen zu seinem Institute berechtigt, und ihnen eine gewisse Legitimation vorgeschrieben. Aber das ist nicht an und für sich die Folge des Begriffs der b. p., sondern das Resultat von Zufälligkeiten, oder von einigen auf ganz besonderen Gründen ruhenden Ausnahmen. Der Begriff der b. p. ist dadurch nicht umgestoßen worden, und konnte es nicht werden, der eigentliche Begriff liegt nicht in dem accidentalen **majus**, sondern in dem **minus**, welches (im Gegensatz zu der **b. p. non data**) als vollkommen gültige **b. p.** erscheint, d. h. in der **b. p. sine re** [8]). Nach ihr, nicht nach der **b. p. cum re**, sind die Rechtsmittel der **b. p.** construirt. Deßhalb kann es zur Zeit der klassischen Juristen noch keine allgemeine **her. pet. possessoria** geben [9]), deßhalb wurden die **fictitiae actiones** so concipirt, daß von einer **exceptio rei judicatae** gegen die **her. pet.** nicht die Rede sein konnte [10]), deßhalb endlich kann das **Int. quor. bon.** nur auf **possessio** gehen, die Frage über definitives Erbrecht darf nicht eingemischt, oder was dasselbe sagt, das Interdict kann, abgesehen von ganz eigenthümlichen Ausnahmen, auch gegen den **heres**, so lange dieser nicht durch die **her. pet.** der **b. p.** den **effectus** genommen hat, siegreich angestellt werden [11]). —

Hiebei ist freilich, wie sich von selbst versteht, nicht zu läugnen, daß die **b. p.** schon zur Zeit der klassischen Juristen ihrem praktischen Effekte nach mehr war, als was ihr eigentlich juristischer Begriff sagt. Gerade weil doch schon Ausnahmen bestanden, wo sie gleich von vorn herein **cum re** ist, weil ferner die Zahl der **legitimi heredes** so klein war, und deßhalb so häufig Cognaten und Ehegatten das Vermögen behielten, so war sie allerdings ein Institut, das zu mehren Zwecken diente, als zur interimistischen Repräsentation des säumigen **heres**. Es war in der That dadurch die Berücksichti-

8) Bd. I. S. 224.
9) Bd. I. S. 295.
10) Bd. I. S. 321.
11) Bd. I. S. 322. S. 384.

gung aller möglichen bei einem Erbfalle vorkommenden Interessen, die nothwendige Ausbildung und Erweiterung des ganzen Römischen Erbrechts erlangt worden. Aber mit dem Nutzen, den ein Institut dem praktischen Resultate nach gewährt, und mit dem Gebiete der Lücken, die es dem Effekte nach ausfüllt, ist sein juristischer Begriff nicht zu verwechseln. Die Römischen Juristen halten diesen Begriff noch immer aus früherer Zeit her unverändert fest, obgleich das Institut nach seiner Ausdehnung dem Begriffe fast über den Kopf gewachsen war. Sie mußten ihn festhalten, weil doch die Fälle der **b. p. sine re** noch immer häufig genug waren, und weil ferner magistratische Besitzesertheilung doch stets einen anderen Charakter hat, als im Gesetze verliehenes Erbrecht.

Zur Umbildung der **b. p.** gehörten noch andere von außen herzutretende Momente, damit sie auch dem juristischen Begriffe nach das werden konnte, was sie freilich dem praktischen Effekte nach schon vielfach ausfüllte. Wir haben als den Grund, der dies bewirkte, abgesehen von dem Verschwinden der Rechtswissenschaft, die veränderte Stellung des Prätors erkannt, das Wegfallen des freien Ermessens und des directen Eingreifens, womit er früher ohne stete Anordnung von eigentlichen Processen die Erbschaftsangelegenheiten kraft eigener Machtvollkommenheiten regulirte. Ohne den Römischen Prätor ist keine **bon. poss.** im alten Begriff denkbar, und so setzte sich denn erst mit der veränderten Stellung der Beamten und mit dem Wegfallen einer lebendigen Rechtskenntniß, der neue Begriff von selbst, d. h. ohne alles Kaisergesetz, an die Stelle.

§. 143. Vergleichen wir nun mit diesem juristischen Begriff der **bon. possessio** in der klassischen Zeit den neuen der späteren Kaiserzeit, wie er in den vorhergehenden drei Kapiteln entwickelt ist, so läßt sich daraus leicht entwickeln, was nothwendig aus dem **Int. quor. bon.** werden mußte.

Wir können kurz sagen, daß der alte Begriff der **b. p.** durchaus auf possessorischen Elementen ruht, während der neue Begriff ganz aus petitorischen besteht. **Bonorum possessio** heißt jetzt nur noch die (definitive) **successio ex**

jure Praetorio, die **b. p. sine re** giebt es nicht mehr. Die Agnition ist nichts, als eine besondere Antretungsform, der, wenn Gegner vorhanden sind, die **her. pet.** nachfolgen muß, damit auch richterlich festgestellt werde, daß man in der That der nächste Erbe sei, und also die Antretungshandlung überhaupt von juristischer Bedeutung war. Also wer **ex jure Praetorio** zur **successio** gerufen ist, der muß, wenn er die **successionis vindicatio** anstellt, beweisen, daß er die **b. p.** agnoscirt habe, ebenso wie der Civilerbe, welcher die **her. pet.** anstellt, sich auf die **her. aditio** stützen muß.

Dieser Satz ist nach den oben mitgetheilten Stellen für die Zeit Diocletians nicht zu bezweifeln. (§. 125. Nro. 1. 2. 3. 4. 6. 7. 8). Nach dem alten Begriff der **b. p.** war es gerade umgekehrt. Wer **b. p.** agnoscirt hat, stellt nicht die **her. pet.** an, sondern hat die Vortheile der Beklagtenrolle, und wartet ruhig, bis ein Anderer mit der **her. pet.** gegen ihn auftritt, und zeigt, daß er dem **b. poss.** vorgehe. Bis dahin ist der letztere, wie es ja das Wort schon sagt, **possessor hereditatis**, und um sich auch factisch in den Besitz zu setzen, hat er die Prätorischen Rechtsmittel, und namentlich wegen der **corpora hereditaria** das **Interd. quor. bon.** auch gegen den **heres**, auf einstweilige Herausgabe des Besitzes [1]). Dies exorbitante Recht aber, daß der **bon. possessor**

1) Ich sage: auf einstweilige Herausgabe des Besitzes, weil dies die Grundidee der b. p. ist, und auch in der klassischen Juristenzeit noch durchaus vorherrscht. Bei der c. t. und unde liberi war es freilich anders, da der Zweck dieser Klassen darin bestand, dem b. possessor gegen den heres, welchem gegenüber die b. p. correctorisch war, definitiv das Vermögen zu verleihen. Um desto mehr war aber natürlich bei diesen Klassen die exceptio, daß der Bekl. heres sei, gegen das Interdict unzulässig, weil ja sogar dem heres hier, auch nach der Besiegung im Interdictsproceß, die her. pet. denegirt wurde. Anders ist die Stellung des b. possessor unde liberi gegen den scriptus heres; diese erklärt sich ganz aus der Grundidee der b. p. Der heres war säumig gewesen, hatte die b. p. nicht agnoscirt, und der b. possessor siegt gegen ihn mit dem Interdict eben wegen dieser Säumigkeit, aber dafür auch nur interimistisch, indem der scriptus heres dann hinterdrein die b. p. durch die her. pet. zur sine re machen kann. — Wir dürfen aber nicht vergessen, daß von dieser allgemeinen Regel, der heres dürfe

einstweilen auch gegen den **heres** siegte, hatte doch wahrlich seine ganz gemessenen Voraussetzungen, welche einfach darin ausgedrückt werden, daß der, welcher das **Int. quor. bon.** anstellen will, die **b. p.** agnoscirt haben mußte. Im ganzen Verlauf des Werks haben wir nun aber ausgeführt, daß bei jeder Agnition, sei es **contra** oder **secundum tabulas** sei es **ab intestato**, der Prätor gewisse bedingende Beweise fordert. Nach der Ertheilung folgte dann freilich das **Int. quor. bon.** von selbst, ohne weiteren Beweis vor dem **judex**, daß der Kläger mit Recht die **b. p.** erbeten habe, ja auch nur daß die **b. p.** ertheilt worden sei [2]), aber die Freiheit von diesen Beweisen im Interdictsproceß erklärt sich doch nur daraus, daß der Prätor, welcher das Interdict gewährte, vorher selbst die **b. p.** ertheilt hatte [2a]), und zwar nur in Folge von einer besonderen dabei erbrachten Legitimation oder weil ihm die Persönlichkeit des Erbittenden bekannt war. Der Prätor ertheilte die **b. p.** stets nach einer seiner Ueberzeugung genügenden Wahrscheinlichkeit, daß der Erbittende die richtige Person sei, denn sonst hätten ja sehr häufig ganz ungültige Ertheilungen der **b. p.** vorkommen müssen, deren Folge dann gewesen wäre, daß in demselben Erbfalle bis zur Constatirung der Ungültigkeit keine **b. p.** an die wirklich Berechtigten mehr ertheilt worden wäre, und daß ganz unbefugte Personen durch das Interdict selbst vom **heres** sich den Besitz der Erbschaftssachen hätten einfordern können, was doch ganz undenkbar ist.

---

sich nicht auf sein Erbrecht berufen, bereits in der klassischen Juristenzeit eine wichtige Ausnahme bestand, nämlich bei der **b. p.** aus vitiösen Testamenten. Hier hat der **legitimus**, gleich wenn der **b. possessor possessionem petat**, die **exceptio doli mali**. (§. 107. Note 4 u. 5). Aber diese Ausnahme erklärt sich von selbst aus der eigenthümlichen Natur dieser **b. p.**, bei der der Prätor den Instituirten erst hinter dem **legitimus** schützen will, und Letzteren auch gar kein Vorwurf der Säumigkeit wegen Nichtagnition der **b. p.** trifft.

2) Bd. I. S. 386. Wohl aber konnte, wie dort ausgeführt ist, der Gegner vernichtende Beweise vorbringen.

2a) **Valer. Maxim VII. 7 §. 6. „Genucius — a praetore impetraverat, ut restitui se in bona Naeviani juberet** (das Interdict ist bekanntlich ein restitutorisches), **quorum possessionem secundum tabulas testamenti ab ipso acceperat.“**

Wir können also auch so sagen: das so sehr bedeutende Recht, selbst den **heres** einstweilen besiegen zu können, ruht allerdings auf ganz festen Voraussetzungen, nämlich auf der nach dem Ermessen des Prätors zu beurtheilenden Wahrscheinlichkeit, daß der Kläger der wirklich zur Erbschaft Berechtigte sei [3]). Sonst wäre ja auch das Interdict ein höchst gefährliches und ganz unbegreifliches Institut gewesen. Nur bestand zur Zeit der klassischen Juristen die Regel, daß diese Wahrscheinlichkeit, worauf das Interdict ruht, nicht vor dem **judex** des Interdictenverfahrens dargethan, sondern gleich im Voraus vom Prätor bei der Ertheilung der **b. p.** beurtheilt wird. Und das hat seinen guten Grund darin, daß nun bei mehrmaliger Anstellung des Interdicts, ferner bei den vielen möglicherweise activ oder passiv anhängig gemachten **fictitiae actiones**, endlich überhaupt bei allen möglichen vom **b. possessor** einzugehenden Rechtsgeschäften, nicht immer wieder von Neuem die Legitimation des **b. p.** wiederholt zu werden brauchte. (Bd. I. S. 391). Gerade darin lag das Heilsame der **b. p.** für die damalige Zeit, daß der Prätor selbstthätig die Zügel bei der Leitung der Erbschaftsangelegenheit in die Hand nahm, daß er eine raschere Erledigung der nöthigen Processe bewirkte, und in vielen Fällen überhaupt Processe ganz unnöthig machte, während, wenn er die **b. p.** ohne alle Bescheinigung und eigene Beurtheilung ertheilt hätte, z. B. jeder Schuldner, auch wenn er gern gutwillig zahlen wollte, es um der eigenen Sicherheit willen zum Proceß kommen lassen mußte, damit erst in diesem Proceß das Recht des Gegners auf die **b. p.** gehörig festgestellt würde.

Dies Alles aber gewinnt offenbar eine ganz andere Gestalt, seitdem das directe Eingreifen des Magistrats bei der

---

3) Man kann vollkommen sagen, daß es die Wahrscheinlichkeit sein mußte, der b. possessor werde auch wirklich die Erbschaft dauernd behalten (cum re), denn der ihm vorstehende heres hatte ja die Agnition versäumt, ward also als nicht vorhanden präsumirt (fr. 1 §. 10 de succ. ed.), und wo es sicher war, daß er sich dennoch der Erbschaft annehme, ward ja vielleicht gar keine b. p. ertheilt. Bd. I. S. 234.

Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten verschwindet, und die Beamten jedem sie Angehenden die **b. p.** ohne Weiteres ertheilen, anfangs noch unter den alten Formalitäten, bald aber auch ohne diese, und auch ohne daß der Beamte der competente Richter zu sein brauchte, weßhalb denn jetzt vor ganz verschiedenen Behörden die Prätorische Erbantretung verschiedener Erbprätendenten vorgefallen sein konnte. Es versteht sich doch von selbst, daß nun ein solcher in entfernter Klasse Stehender nicht mit etwaiger bloßer Nachweisung, er habe **b. p.** zu rechter Zeit agnoscirt, gegen den in früherer Klasse stehenden **heres** auftreten und mit dem Interdict den Besitz der Sachen, *ohne daß sich der* **heres** *auf sein Erbrecht berufen dürfte*, erlangen konnte [4]). Es wäre sonst wirklich das Interdict das gefährliche, man kann sagen widersinnige Institut geworden, welches es zur Zeit der klassischen Jurisprudenz wahrlich nicht war, und wovon wir auch in der späteren Kaiserzeit nicht die geringste Spur entdecken können.

Es leidet also wohl keinen Zweifel, daß jetzt gegen den mit dem Interdict Auftretenden der **heres** die Behauptung vorbringen kann, er sei **heres**, deren Wahrheit nun schon gleich constatirt werden muß, und daß also nur, wenn sich auf Seiten des Klägers besseres Recht findet (d. h. *wenn der Gegner nicht* **heres** *ist*), von einem Siege des Klägers die Rede sein kann. — Was wird denn aber nun in diesem Proceß festgestellt? Offenbar doch das definitive Erbrecht, der Proceß ist also, auch wenn der Kläger seine Klage anfangs **Int. quor. bon.** genannt haben mogte, eine reine **hereditatis petitio**, eine **successionis vindicatio.**

Hierin liegt der in sehr einfachen Worten auszusprechende Satz: *Das* **Int. quor. bon.** *kann nicht mehr gegen den* **heres** *angestellt werden*, denn der Proceß verwandelt sich dann von selbst in die **her. petitio.** Dieser Satz ist die nothwendige Folgerung aus dem anderen oben bewiesenen Punkte, daß die Agnition der **b. p.** zu Diocletians Zeit nicht

4) Mit anderen Worten: die **exceptio doli**, welche der **heres** dem Interdicte zur Zeit der klassischen Juristen nur in einem Ausnahmsfall entgegensetzen konnte (Note 1), mußte jetzt ein allgemeines Vertheidigungsmittel im Interdictenproceß werden.

mehr wie früher auf eine vom Prätor beurtheilte Wahrscheinlichkeitsrechnung gebaut, sondern eine reine Form geworden war, die also natürlich gar keine Basis mehr gewährte, um dem mit dem Interdicte Klagenden den Sieg gegen den heres verschaffen zu können.

Hiemit ist, wie wir nachher noch weiter zu verfolgen haben, die völlige Umgestaltung des Interdicts gegeben. Wir müssen vorher noch, ehe wir hierauf eingehen, die äußeren Quellenzeugnisse kennen lernen, wodurch dieser unser Hauptsatz bewiesen wird.

Der vollkommene Beweis, daß sich zwischen Gaius und Justinian das Interdict in der angegebenen Weise umgebildet hat, liegt in der Zusammenstellung folgender beiden Stellen:

> **Gai. IV. 144. — Interdictum — cujus principium est: quorum bonorum; ejusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur: pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse; pro possessore etc.**
>
> **§. 3 I. de Interd. — Interdictum —, quod appellatur Quorum bonorum; ejusque vis et potestas haec est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse; pro possessore etc.**

Niemand wird denken, daß hier in den Institutionen die Worte: **tam is qui heres est** aus Versehen weggelassen seien. Aber man könnte der Meinung sein, daß die Compilatoren, indem sie diese Worte strichen, erst selbst die Umgestaltung des Interdicts hervorriefen, daß diese nicht schon in der vorhergehenden Kaiserzeit bestanden habe. Gegen eine solche Ansicht braucht nicht einmal hervorgehoben zu werden, daß der Kaiser über eine so wichtige Neuerung, wenn er sie zuerst hervorgerufen hätte, doch nothwendig etwas mehr Worte gesagt haben müßte,

während es sich von selbst verstand, daß bei der Abfassung der Institutionen von den Gaianischen Worten ohne weitere Bemerkung das gestrichen wurde, was sich schon seit Jahrhunderten umgestaltet hatte. Es braucht jener Auffassung, (falls überhaupt sich ihr Jemand zuneigen wollte) lediglich unsere obige Argumentation entgegengehalten zu werden, durch die wir auf den Satz selbst gelangten. Die Umgestaltung des Interdicts ist die nothwendige Folge der Umgestaltung der ganzen **b. p.**, deren Agnition nicht mehr einer dem Richter zu verschaffenden Ueberzeugung der Wahrscheinlichkeit, daß der Petent der wahrhaft Berechtigte sei, bedurfte. Da diese Umgestaltung schon zu Diocletians Zeit feststeht, so müssen wir auch dem Interdicte schon jetzt den angegebenen Charakter zuschreiben.

Und dies bestätigt auch vollkommen das oben schon mitgetheilte Rescript Diocletians, (§. 127 Note 6), woraus wir dort entwickelten, daß es damals keine **b. p. sine re** mehr gab. Es ist darin die Rede von einer späteren Klasse, welche **b. p.** agnoscirt hat, der aber in früherer Klasse Andere entgegenstehen, die Agnatenrecht in Anspruch nehmen. Früher bekam hier erst der **b. possessor** das Vermögen durch Hülfe des **Interdictum quor. bon.**, die Gegner mußten mit der **her. pet.** auftreten und ihr Agnatenrecht beweisen. Diocletian aber setzt gerade umgekehrt den, der die Agnition der **b. p.** beweist, als Kläger mit der **her. pet.** voraus, er sagt, nur wenn die Gegner nicht Agnaten seien, habe er überhaupt die **her. pet.** (**eorum vindica successionem**), darin also liegt, daß die Gegner, wenn sie wirklich Agnatenrecht haben, das ganze Recht des **bonorum possessor** ausschließen; mithin müssen sie sich natürlich auch gegen den klagenden **b. possessor** gleich auf ihr früheres Erbrecht berufen können. Die **b. p.** hat daher gegen eine frühere Erbklasse gar keine selbständige interimistische Autorität, mit anderen Worten, es giebt gegen sie kein Interdict mehr, und deßhalb setzt der Kaiser als sich von selbst verstehend voraus, daß die Klage, welche der **bon. possessor** gegen die Agnaten anstellt, die **her. pet.** ist, weil das Recht der voranstehenden Klasse gleich in diesem Proceß untersucht werden muß, und der Kläger nur siegt, wenn er dies Recht als nicht vorhanden erweist.

§. 144. Wir haben nun, nach Feſtſtellung des Fundamentalſatzes, weiter zu verfolgen, ob auch die übrigen Punkte unſeres Interdictes entweder aus der klaſſiſchen Zeit unverändert fortbeſtanden oder eine andere Geſtalt gewannen. Am Paſſendſten läßt ſich die Darſtellung an das Reſcript Diocletians, welches wir noch in l. 2 C. quor. bon. beſitzen, anknüpfen, indem darin alle Hauptpunkte des Interdicts mit abſichtlicher Genauigkeit zuſammengeſtellt ſind [1]).

Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, 1) recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem, ac negotium integrum est, 2) quae cum moreretur ejus fuerunt, secundum interdicti Quorum bonorum tenorem 3) ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, 4) tibi rector provinciae restitui efficiet.

Der Kaiſer ſtellt die einzelnen Bedingungen, die wir mit Zahlen bezeichnet haben, faſt ganz mit den Edictsworten dar. Wir wollen ſie in derſelben Reihenfolge durchgehen.

1) Das nothwendige Erforderniß des Interdictes iſt, daß man **bon. poss.** unter den richtigen Vorausſetzungen und namentlich in der damals noch nöthigen Form (**recte petita**) agnoscirt haben muß. Oben (§. 132 Note 4 u. 5) iſt bereits bemerkt, daß ganz ähnlich Diocletian öfter von einer **solenniter petita b. p.** ſpricht, weßhalb denn mit Unrecht in der Herrmannſchen Ausgabe des Codex zwiſchen **recte** und **petita** ein Komma geſetzt worden iſt.

Dieſe Agnition muß man aber im Interdictsproceß beweiſen, und darin unterſcheidet ſich die Zeit Diocletians we-

1) Ich muß hier, mich eines Fehlers anklagend, die Interpretation widerrufen, welche ich Bd. I. S. 387. f. und S. 392. Note 11 von dieſer Stelle gegeben habe. Obgleich ich ſchon damals die in dieſem dritten Buche ausgeführte Anſicht über Umgeſtaltung der b. p. hegte, ließ ich es doch außer Acht, davon auf dieſes Reſcript Diocletians die gehörige Anwendung zu machen, und interpretirte es aus dem Rechte der klaſſiſchen Juriſten. Dagegen bleibt die Erklärung der l. 1 C. quor. bon. (vom Jahr 197), welche Bd. I. S. 389 folgt, vollkommen beſtehen.

sentlich von der der klassischen Juristen. In unserer Stelle findet sich freilich diese Beweispflicht nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber sie wird doch sehr deutlich hier vorausgesetzt. Wir können nämlich daran unmöglich zweifeln, weil, wie wir vorher nachgewiesen haben, auch zur Anstellung der **her. pet.** dieser Beweis jetzt nöthig war, und ganz dieselben Gründe für das Interdict sprechen. Die Ertheilung des Interdicts ist nicht mehr Etwas, dessen Zulässigkeit der Prätor, der selbst die **b. p.** ertheilt hat, beurtheilt. Das Interdict ist eine Klage, wie jede andere, und so muß sich, was schon immer Voraussetzung des Interdicts gewesen, aber der Prätorischen Untersuchung überlassen war, jetzt zu einem gewöhnlichen Beweispunkte im Proceß gestalten.

Wenn wir aber sagen, der Kläger müsse die Agnition beweisen, so liegt darin noch mehr, er muß auch darthun, daß er sie mit Recht agnoscirt habe, die **b. p.** muß **recte petita** sein.

Früher war auch dies wieder anders. Nur die *vernichtenden* Beweise konnten allerdings im Interdictenproceß und zwar vom Gegner vorgebracht werden, weil der Kläger in Folge der *bedingenden* Beweise, worauf die Agnition ruht, als der zur Erbschaft Berechtigte präsumirt wurde. Ueber die bedingenden Beweise aber fand im Interdictenproceß kein weiteres Beweisverfahren statt, weil dies ja gerade das Gebiet war, welches der Prätor seiner eigenen Beurtheilung reservirt hatte. Freilich haben wir auch hier anzunehmen (Bd. I. S. 391), daß je nach dem Prätorischen Ermessen auch bedingende Beweise in den Interdictenproceß hinübergeschoben werden konnten, indeß die Regel bildete das nicht.

Jetzt aber, wo die Prätorische Beurtheilung bei der Agnition hinwegfiel, mußte sie natürlich durch einen vom Kläger zu leistenden Beweis im Interdictenproceß ersetzt werden, sonst hätte ja die Klage gar keine sichere Basis gehabt, und unmöglich kann man doch dem Bekl. gleich von vorn herein den Beweis, daß die **b. p. non recte petita** sei, zuwälzen. Dies scheinen denn auch die Worte unserer Stelle: **ac negotium integrum est** zu sagen, sie sind die Erklärung des Vorhergehenden: die **b. p.** müsse **recte petita** sein. Der Kläger

muß darthun, daß er ein wirkliches Recht zur Agnition habe, daß ſie eine begründete Rechtshandlung (**negotium integrum**) geweſen ſei [2]).

2) Der Gegenſtand des Interdictes (**quae cum moreretur ejus fuerunt**) wird von Diocletian ganz dem früheren Recht gemäß angegeben. Wenigſtens haben wir gar keinen Grund, die angeführten Worte in einem anderen Sinn, als worauf das Interdict bisher gerichtet war, zu verſtehen. Eben ſo haben wir Diocletian ſchon in einer anderen Stelle ſich ausdrücken ſehen (§. 132 zu Note 4 u. 5), worin eine ſehr deutliche Hinweiſung auf das **Int. quor. bon.** enthalten iſt. Sonſt könnte man verſucht ſein, die Worte entweder zu eng auf bloße Eigenthumsſachen zu beziehen (Bd. I. S. 388), oder umgekehrt ihnen einen zu weiten Sinn beizulegen. Ulpian definirt nämlich die **b. p.** als **jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque quum moritur fuit** [3]). Mir ſcheint allerdings, daß Diocletian, der offenbar in unſerer Stelle überhaupt die alten Edictsworte wiederholt, auch hier abſichtlich ſich an die althergebrachte Definition der **b. p.** und an Worte anknüpft, die vielleicht ſelbſt im Edict ſtanden. Aber daraus dürfen wir natürlich nicht ſchließen, daß Diocletian ſie in ſo weitem Sinn genommen als Ulpian in ſeiner Definition, daß hier alſo das Interdict über das Gebiet der **corpora hereditaria** hinaus erweitert worden ſei. Wir finden es in der ganzen Folgezeit unverändert in dieſen Gränzen, und da ja in Ulpians Definition jedenfalls auch die **corpora hereditaria** und alſo das **Int. quor. bon.** mitbegriffen iſt, ſo konnte der Kaiſer ohne Furcht vor Mißverſtändniſſen ſehr wohl ſich dieſer Worte bedienen.

3) An den Gegenſtand des Interdictes fügt denn unſere Stelle die Perſon des Beklagten. Sie führt ebenſo wie die Edictsworte in **fr. 1 pr. quor. bon.** den **pro herede** und **pro possessore possessor** und den **qui dolo fecit, ut desineret possidere** an. Ausgelaſſen alſo iſt nur die ſich auf den

2) Freilich laſſen ſich die Worte immerhin, obgleich es mir nicht wahrſcheinlich iſt, auch ſo verſtehen, wie bereits Bd. I. S. 388 Note 7 am Ende angedeutet iſt.

3) fr. 3 §. 2 de b. p. Bd. I. S. 398.

pro herede und pro possessore possessor beziehende Bestimmung: possideresve si nihil usucaptum esset, welche dies Edict wahrscheinlich schon vor Hadrian enthielt (Bd. I. S. 101), die dagegen, seitdem die pro herede usucapio auch hinterdrein durch die her. pet. revocabel war, als etwas nicht mehr Hervorstehendes leicht wegbleiben konnte.

Unter dem pro herede possessor haben wir nun aber nicht mehr, wie Gaius sagt, den heres und den qui putat se heredem esse, sondern lediglich den Letzteren zu verstehen. Es ist wohl sehr wahrscheinlich, daß der so besonders wichtige Satz, unter dem pro herede possessor werde beim Interdict auch der heres begriffen, im Edicte selbst bemerkt war, und in das fr. 1 quor. bon. nur nicht mit aufgenommen wurde, ebenso wie man ihn auch bei der Abfassung der Institutionen strich. Die besondere Hervorhebung war doch sehr nothwendig, da man im Uebrigen bei der her. pet. von jeher gewohnt war, unter dem pro herede possessor den heres selbst natürlich nicht mit zu begreifen. Sehr erklärlich ist es daher, daß hier in unserer Stelle, weil damals das Interdict, ebenso wie die her. pet., nur gegen den qui putat se heredem esse möglich war, dies gar nicht besonders hervorgehoben wird, weil einestheils dies als eine bekannte Sache vorausgesetzt werden konnte, anderntheils es dem vulgären Sprachgebrauch des Ausdrucks pro herede possessor entsprach.

Wir haben hier nun aber genauer auf die Bedenken einzugehen, welche sehr nahe liegen, wenn man die beiden Sätze neben einander stellt, das Int. gehe nicht mehr gegen den heres, wohl aber gegen den pro herede possessor. Es scheinen sich nämlich dieselben durchaus nicht mit einander zu vertragen. Wir haben oben das, wie mir scheint, unläugbare Resultat gewonnen, daß seitdem der Agnition keine Wahrscheinlichkeitsbeweise mehr vorherzugehen brauchten, dem mit dem Interdict Klagenden vom heres die Behauptung, er sei heres, mußte entgegengesetzt werden können. Wie nun? Diese Behauptung, er sei heres, bringt ja auch Jeder vor, qui putat se heredem esse? Noch mehr. Jeder pro possessore possessor kann ja auch nur sagen, er sei heres? Da wir nun ebensowenig läugnen können, daß bei der her. petitio,

wenn der Bekl. Erbrecht behauptet, nicht dieſer, ſondern der Kläger ſein Recht zu beweiſen hat [4]), ſo ſcheint dieſe Beweisregel auch hier angenommen werden zu müſſen, und alſo zu folgen, daß ſtets durch dieſe Gegenbehauptung des Beklagten der Prôceß ſich in eine **her. pet.** verwandeln mußte, indem der Kläger zu beweiſen hätte, **hereditatem ad se magis pertinere, quam ad eum qui possidet.** Das heißt denn aber ſoviel als: es gab gar kein Interdict mehr, es war vollkommen in die **her. pet.** aufgegangen. Und dem widerſprechen doch alle Quellenausſprüche der ſpäteren Kaiſerzeit, ſowohl die bisher ſchon mitgetheilten, als die noch ferner anzuführenden.

Wir werden aber wohl Wege finden können, um dieſer uns ganz in Hülfloſigkeit laſſenden Schlußfolgerung zu entgehen. Zuerſt den **pro possessore possessor** können wir gleich wieder ausſcheiden. Man verſteht darunter ja nur den, von welchem es ſich nachweiſen läßt, daß er mit vollem Bewußtſein eine fremde Erbſchaft in Beſitz genommen hat. Dieſer Beweis iſt aber gar nicht damit geliefert, daß Kläger ſein eigenes Erbrecht nachweiſt, er muß ganz ſelbſtändig ſich auf Umſtände ſtützen, welche zeigen, daß der Bekl. **in mala fide** Beſitz ergriff. Ehe dies erwieſen iſt, gilt er als **pro her. possessor**, da er natürlich ſeine **mala fides** nicht ſelbſt gleich eingeſtehen wird; iſt aber die **mala fides** dargethan, und ſei es auch durch Geſtändniß des Bekl., ſo ſiegt damit ja eben der Kläger ſchon gegen ihn, ohne daß er noch außerdem ſein Erbrecht zu beweiſen brauchte. Ein **Int. quor. bon.** gegen den **pro possessore possessor** iſt alſo vollkommen denkbar, ohne daß die anfängliche Behauptung des Letzteren, er ſei **heres**, den Proceß in einen petitoriſchen verwandeln müßte.

Anders aber iſt es bei dem Gegner, bei welchem ſich die

4) Paulus libr. I. recept. sent. aus der Consultatio vet. ICt. VI. (Bonner Ausgabe p. 400): Qui petit hereditatem, ipse probare debet, ad se magis, quam ad eum, qui possidet, sive ex testamento sive ab intestato pertinere. Dieſe Beweisregel konnte bei der früheren Geſtalt des Interdicts gar nicht eintreten, weil der Gegner ſich dabei gar nicht auf Erbrecht berufen durfte; ſeitdem dies aber zuläſſig wurde (d. h. ſeit das Interdict nicht mehr gegen den **heres** ging), ſcheint ſie ganz von ſelbſt Platz greifen zu müſſen.

mala fides nicht nachweisen läßt, und der nun die Behauptung seines Erbrechts (mag er sie innerlich für wahr oder falsch halten) dem Kläger entgegenstellt. Das ist ja der **pro herede possessor**, und da er seine Behauptung schon nach inneren Gründen nicht zu beweisen braucht, so scheint doch wenigstens in diesem Falle kein anderer Ausweg, als daß der Kläger sein besseres Erbrecht darthut, also daß der Proceß zu einem gewöhnlichen petitorischen wird.

Aber auch hier ist diese Schlußfolgerung vollkommen unzulässig, wie aus folgender Betrachtung hervorgehen wird. Von jeher, so lange die **b. p.** unter der Leitung des Prätors gestanden hat, kann man sie auch so bezeichnen: sie war eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, um dem **heres** selbst, oder Anderen, die bei seinem Nichtvorhandensein [5]) das Vermögen haben sollten, rasch den Besitz der Erbschaft zu verschaffen. Sie Alle, seien es **heredes**, seien es Nicht-**heredes** bedürfen nicht einer vollkommenen Beweisführung, die ihnen augenblicklich vielleicht unmöglich sein würde, sie bedürfen nur einer Bescheiniguug, wie sie nach einer natürlichen Berücksichtigung des bei den einzelnen Klassen Wahrscheinlichen und Unwahrscheinlichen dem Prätor bei dem Zwecke, welchen sein Institut beabsichtigte, genügen konnte. Aus der in Folge dieser Bescheinigung ertheilten **b. p.** folgte dann von selbst das Interdict, das Rechtsmittel, wodurch der Prätor ohne Weiteres dem **b. possessor** den Besitz verschaffte. Also das Interdict hat von jeher auf Bescheinigungen geruht, aus denen die Wahrscheinlichkeit hervorging, daß der Kläger der wahrhaft zur Erbschaft Berechtigte sei, der eben um dieser Wahrscheinlichkeit willen die rasche Besitzeseinweisung verdiente. Sollte es diesen Charakter in der späteren Kaiserzeit verloren haben? Alsdann würden doch Spuren davon vorhanden sein. Aber nicht allein

5) Auch dies Nichtvorhandensein ist ja nur eine Wahrscheinlichkeit, welche man durch eine Präsumtion aus dem unbenutzten Ablauf der ihm gesetzten Frist schöpfte. fr. 1 §. 10 de succ. ed. Und auch umgekehrt die den b. possessores nachtheiligen Punkte, z. B. von wo an ihre Frist zu rechnen sei, werden nach gleicher Wahrscheinlichkeit beurtheilte fr. 9 §. 1 unde cog. „quia verisimile non videbatur".

finden wir deren keine, es weiſen uns die Kaiſerconſtitutionen gerade umgekehrt auf dieſe ſeine practiſche Bedeutung ganz beſonders klar hin. Das Interdict, welches von jeher zur raſchen Beſitzeserlangung gedient habe (**quod beneficio celeritatis inventum est**), ſolle auch fernerhin (ſo heißt es in einer Conſtitution) dieſen Zweck erfüllen (**ne — subdatur injuriis tarditatis**) [5a]. Dieſen Zweck der Raſchheit erfüllte es, wie im erſten Bande weitläuftig ausgeführt iſt, nicht durch ein raſcheres Proceßverfahren, auch nicht dadurch, daß, im Interdictsproceß ſelbſt, das was regelmäßiger Gegenſtand der Unterſuchung war, nur beſcheinigt wurde. Es mußte vielmehr Alles dies, namentlich daß die Sachen im Beſitz des Erblaſſers geweſen waren, vollkommen bewieſen werden [6]. Die Raſchheit ruht auf dem ganzen Syſtem der **b. p.**, und auf deſſen, nur Beſcheinigungen fordernder Handhabung. Wir haben nicht den geringſten Grund anzunehmen, daß die Beſcheinigungen in der ſpäteren Zeit nicht mehr die Grundlage des Interdicts gebildet hätten, die Aenderung, welche damit vor ſich gehen mußte, war nur, daß die Unterſuchung der Wahrſcheinlichkeit früher bei der Agnition, jetzt dagegen im Interdictsverfahren ſtatt fand. Das Princip der Beſcheinigungen aber mußte immer daſſelbe bleiben. Man ſieht aus der eben angeführten Stelle doch offenbar, daß, da die Appellation darin verboten wird, von einer definitiven Feſtſtellung des klägeriſchen Erbrechts durch das Interdict nicht die Rede ſein kann [6a]. Da doch aber jetzt die **b. p.** gar nicht mehr der Art war, daß die Behauptung des Beklagten, er ſei Erbe, ganz aus dem Interdictsproceß ausgewieſen werden konnte, ſo bleibt gar kein anderer Ausweg, als daß die Fragen über das Erbrecht, die man nicht mehr verbannen durfte, und doch auch nicht definitiv feſtſtellen wollte, — daß man ſie nach der Wahrſcheinlichkeit beurtheilte, welche nöthig iſt, um unter zwei Erbprätendenten

5a) l. 22 Th. C. quor. appell. Bd. I. S. 385.

6) Bd. I. S. 386.

6a) So paſſen denn auch auf das Int. quor. bon. die Worte des Isidorus Or. V. 25. Interdictum est, quia a judice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur: salva propositione actionis ejus.

heres aber sogleich beweist oder auch nur ebenso kräftig, wie der Kläger gethan hatte, bescheinigte, er habe besseres Erbrecht. Damit ist natürlich die aus der Bescheinigung des Klägers anfänglich hervorgegangene Wahrscheinlichkeit vernichtet, und es bleibt diesem nur die **her. pet.** übrig. Vermag aber der Gegner die Bescheinigung des Klägers nicht zu elidiren, so erhält Letzterer den Besitz, und Ersterer muß die **her. pet.** anstellen.

Das Resultat ist hiernach folgendes: Indem man das Interdict neben der **her. pet.** bestehen läßt, erkennt man an, daß es zwei Arten von Erbschaftsprocessen giebt, der eine auf Wahrheit, der andere auf Wahrscheinlichkeit ausgehend, jener petitorisch, dieser nothwendig nur possessorisch. Wer mit der **her. pet.** auftritt, verliert natürlich gegen den wahren **heres**, siegt nur gegen den wahren **pro herede possessor**, und die Beweislast liegt hier dem Kläger ob, dem der Bekl. directen Gegenbeweis gegenüber stellen kann.

Wenn dagegen Jemand mit dem **Int.** auftritt, so hat das nur Bedeutung, wenn über das wahre Erbrecht Anderer noch nichts feststeht. Es liegt ihm außer dem Nachweise der Agnition nur der Beweis der Wahrscheinlichkeit seines Erbrechts (**successio ex jure civili** oder **praetorio**) ob. Alsdann gilt er einstweilen als präsumtiver **heres**, aber der Beklagte kann natürlich auch hier directen Gegenbeweis liefern, d. h. nicht bloß durch den Beweis der Wahrheit, sondern auch nur der Wahrscheinlichkeit seines eigenen Erbrechts die vom Kläger begründete Präsumtion zu nichte machen. Geschieht dies, so gilt nun umgekehrt der besitzende Bekl. als der präsumtive Erbe; und die auf der einen oder anderen Seite begründete Präsumtion kann immer nur durch **her. pet.** des Gegners, also durch Nachweisung der Wahrheit umgeworfen werden.

Hereditatis petitio und **Interdictum quor. bon.** gehen jetzt also ganz gleichartig gestaltet nebeneinander her, und sind wenn auch beide vom Erbrecht handelnd, dennoch genau von einander getrennte Processe. Die **her. pet.** stellt der **heres** an, nicht gegen den **heres**, sondern den **pro herede possessor**. Ebenso heißt es vom **Interdictum**, es werde vom

Erben angestellt [7]), es gehe nicht gegen den **heres**, wohl aber gegen den **qui putat se heredem esse**. Aber hier beim Interdict liegt den Ausdrücken ein anderer Sinn zum Grunde. Der Kläger heißt Erbe, weil er die einstweilige Wahrscheinlichkeit für sich hat, wobei es freilich immer möglich ist, daß ihm in Wahrheit das Erbrecht nicht zusteht. Wollten wir dies nicht zugeben, so müßten wir ja läugnen, daß der besiegte Beklagte, der auch nicht einmal appelliren darf, dann hinterdrein mit der **her. pet.** obsiegen könne. Ebenso müssen wir denn aber auch nothwendig annehmen, daß in dem oben bewiesenen Satz, das Interdict gehe nicht gegen den **heres**, unter **heres** wiederum der (nach den im Interdictenproceß gelieferten Bescheinigungen) wahrscheinliche Erbe zu verstehen sei. Daher kann der besiegte Kläger noch immer die **her. pet.** anstellen [8]).

Der Gegensatz der späteren Kaiserzeit gegen die frühere Gestalt des Interdicts ist hiernach einleuchtend. Früher ist es das Rechtsmittel des vom Prätor constituirten Repräsentanten (mag es eine **b. p. sine** oder **cum re** sein) gegen alle Besitzer, und darunter gehört auch bei der **b. p. sine re** der besser Berechtigte, dessen Civilerbrecht vollkommen klar und erwiesen ist, welcher aber **b. p.** nicht agnoscirt hatte.

Jetzt ist es das Rechtsmittel des wahrscheinlichen Erben, (mag er civiles oder bloß Prätorisches Erbrecht haben), der, sobald er nur **b. p.** agnoscirt hat, gegen alle nach dem Ergebniß der vorläufigen Untersuchung schlechter Berechtigten den Sieg davon trägt. Es ist klar, daß, seitdem die **b. p. inter**

7) Diese Auffassung ersieht man sehr deutlich aus l. 2 u. 3 C. quor. bon. In der ersteren heißt es: **si quaesisti successionem** d. h. wenn Du das definitive Erbrecht erlangt hast. In der anderen mit gleichem Sinn: **quum lex ipsa naturae successores eos faciat.** — Und ebenso der Anfang dieser Stelle im Theodos. Codex (l. un. Th. C. quor. bon.) — **Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae etc.** In beiden Stellen werden Kläger vorausgesetzt, deren Gegner nicht eine frühere Erbklasse in Anspruch nehmen, weßhalb eben die Wahrscheinlichkeit für den Kläger ist.

8) fr. 14 §. 3 de re jud. — **Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur.** s. auch Note 6a.

alienas vices agnoscirt werden konnte, Beide, Kläger und Beklagter, als **bonorum possessores** denkbar ſind, zwiſchen denen die ſehr einfache Unterſuchung entſchied, wer in einer früheren Klaſſe die **b. p.** agnoscirt hatte. —

Wir können das Geſagte auch folgendermaßen ausdrücken: wer ſein Erbrecht (ſei es eine **successio ex jure civili** oder **praetorio**) glaublich beſcheinigen kann, und nur die Prätoriſche Erbantretungsfriſt beobachtet, der bekommt einſtweilen den Beſitz, wälzt damit die Beweislaſt des eigentlichen Vorhandenſeins ſeines Erbrechtes von ſich ab, und zwingt den Gegner, der auch Erbe zu ſein behauptet, die **her. pet.** anzuſtellen, alſo darzuthun **hereditatem magis ad se, quam ad eum qui possidet, pertinere** [9]).

4) Die im Anfange unſeres §. angeführte Stelle deutet zuletzt noch an, daß das Interdict ein reſtitutoriſches iſt (**fr. 1 §. 1 quor. bon.**), und offenbar meint der Kaiſer damit, daß es das **restituere** der **possessio** betrifft. In dieſem Punkte alſo hat es ſich nicht verändert, wie auch ſchon aus der eben unter Nr. 3. gegebenen Darſtellung ſich mit Nothwendigkeit ergiebt. Es wird lediglich **de possessione** entſchieden, und ein **praejudicium** für die **her. pet.** kann darin nie liegen.

Stellen wir alſo nochmals die gewonnenen Reſultate zuſammen, ſo können wir allerdings ſagen, daß unſer Rechtsmittel eine höchſt weſentliche Umgeſtaltung erhalten hat, indem die Wahrſcheinlichkeitsbeweiſe mit in den Interdictenproceß gezogen ſind (Nr. 1) [10]) und es überhaupt

9) Ein beſonderer Beweis für die Richtigkeit der hier gegebenen Argumentation liegt noch darin, daß, wie im vorigen Kapitel ausgeführt iſt, die **missio ex edicto Hadriani** daſſelbe practiſche Reſultat gewährte, als das **Int. quor. bon.**, weßhalb denn bei der teſtamentariſchen Succeſſion Letzteres ſchon ganz abgeſchafft worden war. Daß nun aber von der **missio** daſſelbe geſagt werden muß, was wir im Text dem Interdict zugeſchrieben haben, wird Niemand läugnen, und ſo kann es denn auch für das Interdict nicht in Zweifel gezogen werden.

10) Dieſen Satz ſpricht auch ſchon Mayer Erbrecht I. S. 414 ganz richtig aus, ohne daß ich aber den Weg billigen könnte, auf dem

zu einem rein vorläufigen Verfahren vor dem stets noch denkbaren petitorischen Erbschaftsproceß geworden ist (Nr. 3); wogegen die früheren Sätze, daß es nur die **corpora hereditaria** betreffe, (Nr. 2) und lediglich **de possessione** entschieden werde, (Nr. 4) unverändert bestehen blieben.

§. 145. Nachdem ich hiemit die neuere Gestalt des **Interdictum quor. bon.** aus den Quellen und den Folgerungen, welche unsere früheren Untersuchungen mit sich bringen, nachgewiesen zu haben glaube, muß ich auf die in neuerer Zeit in dieser Lehre herrschenden Streitigkeiten, und auf die Gründe, mit denen bisher der Streit geführt worden ist, einen prüfenden Blick werfen. Die beiden Ansichten, welche sich heutzutage einander gegenüberstehen, sind schon im ersten Bande S. 306 im Allgemeinen charakterisirt worden, und aus der bisherigen Darstellung, deren selbständigen Gang ich nicht durch die Rücksicht auf entgegenstehende Ansichten unterbrechen wollte, ist leicht zu ersehen, daß ich weder auf die eine noch auf die andere Seite der streitenden Parteien mich unbedingt stellen

er zu demselben gelangt. Seitdem die b. p. ein jus successionis (und zwar schon unter Labeos Zeit) geworden sei (?), bestände auch die her. pet. poss. (?), und es sei gegen die Römische Oeconomie, daneben noch ein anderes Rechtsmittel für denselben Zweck zu besitzen. Die Quellen deuteten uns vielmehr auf die possessorische Natur des Interdicts hin, und namentlich gehe dies aus der Summarietät desselben hervor (?). Früher hätte der Prätor selbst die Zulässigkeit vor der datio b. possessionis beurtheilt, denn die Quellen bezeugten es, daß die b. p. häufig in Folge einer causae cognitio gegeben werde, was von der decretalis wohl zu scheiden sei. fr. 1 §. 2 quis ordo. (Dies ist der einzige Satz, den ich für richtig halten kann). Wenn dagegen das Recht zur b. p. von Seiten eines Dritten in Zweifel gezogen worden, so habe der Magistrat gar keine definitiv (?) wirksame b. p. ertheilt, oder die ertheilte b. p. nicht wirksam sein lassen bis in einem besonderen Streite (?) das Recht zur b. p. festgestellt worden sei. Später aber sei durch Constantin (l. 9 C. qui admitti) die alte datio, und damit also auch erst die ihr vorhergehende causae cognitio aufgehoben (?), und da hiedurch die Bescheinigungen vor der Agnition hinweggefallen seien, so wären sie also durch dies Constantinische Gesetz nothwendig in den nachfolgenden Interdictsproceß versetzt worden. — Meine Gründe gegen diese ganze Argumentation brauche ich hier nicht zu wiederholen.

kann. Der Streitpunkte sind hauptsächlich drei [1]): Ist das Interdict summarischer Natur?, fordert es nur Bescheinigungen?, und ist es ein Rechtsmittel von provisorischer Wirkung für die **her. petitio**? Nach der einen Ansicht, deren Hauptrepräsentant Savigny ist [2]), sind alle diese drei Fragen zu verneinen, nach der anderen, die in neuerer Zeit zuerst wieder von Thibaut vertheidigt ist, sind sie zu bejahen. Wir wollen die erste Frage, die von untergeordneterer Wichtigkeit ist, dem folgenden §. aufbewahren, und uns zuerst auf die letzteren beiden einlassen.

Hier scheint mir nun, daß man in doppelter Hinsicht nicht den richtigen Standpunkt eingenommen hat, von dem aus sich eine Einigung in der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen hoffen läßt. Eine genauere Untersuchung des Rechtes der **b. p.** in der späteren Kaiserzeit ist bisher nicht unternommen worden. Wenn nun aber die Beweisführungen der ersten drei Kapitel dieses Buches richtig sind, wenn es wahr ist, daß nach der klassischen Juristenzeit ein ganz anderer Begriff der **b. p.** an die Stelle des früheren getreten ist, so leuchtet es ein, daß auch für dies eine Rechtsmittel der **b. p.**, das durch den Begriff des ganzen Justituts nothwendig bedingt sein muß, von vorn herein die beiden Hauptperioden genau getrennt werden müssen, und eine wesentlich verschiedene Beantwortung für die eine und die andere statt finden kann. Dazu kommt noch ein zweiter Umstand. Das **Int. quor. bon.** ist von der anderen Seite ein Theil der weitgreifenden Interdictenlehre. Durch diese ziehen sich gemeinsame Grundprincipien hindurch, die, so lange der **ordo judiciorum** bestand, der ganzen Lehre ihre eigenthümliche Gestalt gegeben haben. Der einzelne Theil aber ist nur erklärbar, wenn man auch die übrigen Theile desselben

1) Savigny Zeitschrift f. gesch. RW. Bd. VI. S. 239.

2) Ich unterlasse es, hier noch eine eigene Polemik gegen Savignys Ansicht zu liefern, daß das Interdict in späterer Zeit nur wegen processualischer Unterschiede sich von der her. pet. trennen lasse, und dann von Justinian nur aus Mißverstand, oder weil man alte Namen nicht gern untergehen lassen wollte, beibehalten sei. Es kommt darauf an, ob die von mir im Bisherigen vorgebrachten Gründe Gewicht haben, und darüber steht das Urtheil nicht mir zu.

Ganzen wohl ins Auge faßt. Für die Zeit der klassischen Juristen muß also, um dem **Int. quor. bon.** seine rechte Stellung anzuweisen, nothwendig die ganze Interdictenlehre untersucht werden [3]). Ganz anders aber ist es für die spätere Kaiserzeit. Es läßt sich allerdings noch eine gewisse innere Gemeinsamkeit der Interdicte festhalten, und diese ist auch sogar noch für das heutige Recht nicht unwichtig, aber das sind Ueberreste aus der früheren Zeit. Neue Umgestaltungen, welche lediglich die Interdictenlehre, diese jedoch in allen ihren Theilen betroffen hätten, finden sich in der Kaiserzeit nicht, und so kann hier also auch ein Schluß von dem einen Interdict auf das andere nicht statt finden .Deßhalb scheinen mir Beweisführungen unstatthaft, wie sie Thibaut [3a]) vorgebracht hat, indem er aus der Summarietät einzelner Interdicte in der Kaiserzeit den Schluß zieht, es müsse auch das **Int. quor. bon.** ein summarisches, und also provisorisches, nur Bescheinigungen erforderndes sein. Wenn sich ein einzelnes Interdict in der späteren Zeit innerlich umgestaltet haben soll, so können wir die Gründe davon lediglich in der besonderen Lehre suchen, zu der es gehört, und so haben wir auch gerade für das **Interd. quorum bon.** auf diesem Wege ein Resultat erlangt, das ich nach den früher dafür vorgebrachten Gründen freilich nicht für bewiesen halten kann.

Während nämlich in der klassischen Zeit im Interdictenproceß keine Bescheinigungen vorkommen, und es auch kein vorläufiges Verfahren vor der **her. pet.** genannt werden kann, obgleich nur **de possessione** entschieden wird [4]), so darf man

---

3) Man hat mir Weitschweifigkeit vorgeworfen, die Niemand billigen würde, daß ich, um die Grundlagen des **Int. quor. bon.** zu erörtern, fast das ganze Prätorische Interdictensystem in meinem ersten Bande behandelt hätte (Gersdorf Repertor. 1845. Heft 16), — aber ich muß dagegen fragen, wie ich denn sonst zu den Resultaten hätte gelangen sollen, die ich doch nun einmal zur Beurtheilung des Interdicts für wichtig hielt? Es handelt sich ja hier nicht vom Compendienschreiben, sondern von wo möglich erschöpfender monographischer Untersuchung. Und manche in Monographien darzustellende Lehren lassen ihrer inneren Gestalt nach eine größere Abgeschlossenheit in sich selbst zu, als dies nun einmal bei der b. p. möglich ist.

3a) Archiv f. civ. Pr. Bd. X. S. 465.

4) Wenn man es ein vorläufiges Verfahren nennen wollte, so müßte

es allerdings jetzt ein rein provisorisches Verfahren nennen, das auf Grundlage von Bescheinigungen geführt wurde. Aber man kann dies nicht aus der Summarietät des Interdicts ableiten. Es ist zufällig, daß sich allerdings einige das Verfahren bei Interdicten und anderen Klagen abkürzende Bestimmungen vorfinden; die wichtigste Anordnung, daß gegen das Urtheil nicht appellirt werden darf, ist eine ganz singuläre Bestimmung für unser Interdict, und nicht aus der bisherigen Summarietät, sondern aus der inneren schon immer vorhandenen Construction dieses Rechtsmittels abgeleitet, welche von jeher eine rasche Besitzeserlangung bezweckte (**quod beneficio celeritatis inventum est**). Daß das Interdict nur Bescheinigungen fordert und nur als ein provisorisches Verfahren erscheint, ist nicht die Folge seiner äußeren processualischen Gestalt, sondern umgekehrt, weil das Interdict durch die Umgestaltung der b. p. jenen Charakter erhielt, so hat das auch noch einzelne andere Bestimmungen rücksichtlich eines raschen Proceßverfahrens hervorgerufen. Also die Summarietät [5]) ist erst die Folge und nicht die Ursache der Rechtsänderung, und es ist eine durchaus nicht nothwendige Folge, die auch gar nicht in der ganzen Zeit, wo das Interdict die neue Gestalt angenommen hatte, bestand. Wir können deßhalb auch nicht mit Savigny sagen, daß, wenn das Interdict sich nicht als ein summarisches Rechtsmittel herausstelle, dann um so ge-

---

doch der, welcher es anstellen kann, entweder gleich oder hinterdrein, im Fall er mit jenem zurückgewiesen wird, auch das Hauptverfahren einleiten dürfen, was aber in den wenigsten Fällen eintreten konnte, da der b. possessor, wenn er nicht Civilerbe war, keine her. pet. hatte. Und umgekehrt müßte doch stets von Seiten des besiegten Bekl. das Hauptverfahren angestellt werden können, was aber im Fall der b. p. cum re wieder nicht denkbar war. In den Fällen der b. p. sine re und wenn der b. p. zugleich heres war, konnte allerdings eine her. pet. nachfolgen, der dann das Interdict, als de possessione handelnd, durchaus nicht präjudicirte.

5) Falls wir summarisch nicht jedes Verfahren nennen wollen, was auf Bescheinigungen ruht, und nur provisorisch die Wahrscheinlichkeit feststellt. Eine willkührliche Terminologie, die leicht Verwirrungen hervorbringen kann, und mit Recht schon von Savigny Zeitschrift VI. S. 640 Note 1 getadelt ist.

wisser auch die anderen beiden Sätze, über die Bescheinigungen und die provisorische Natur, verworfen werden müßten.

Ebenso wie ich also die Beweisführung Thibauts aus der Summarietät ablehnen muß, so kann ich mich auch nicht zu der von ihm gegebenen Rechtfertigung bekennen, nach welcher das Interdict ein aus inneren Gründen zweckmäßiges Institut sein soll [6]). Er versucht eine „durch menschliche Philosophie begründete **captatio benevolentiae**“, indem es bei Erbschaftsangelegenheiten eine natürliche Ungeduld und Unruhe gebe, welcher eine menschliche Gesetzgebung nicht widerstehen könne. Das vererbte Gut habe nun einmal seine eigene Erfreulichkeit, und es sei also sehr wünschenswerth, daß in Folge rascher Bescheinigung der, welcher Ansprüche macht, rasch in den Besitz wenigstens der **corpora hereditaria** gesetzt werde. — In dieser Weise, wie Savigny mit Recht bemerkt, ließe es sich überhaupt rechtfertigen, daß jeder Rechtsstreit mit einer vorläufigen Entscheidung auf bloße Wahrscheinlichkeit eröffnet werde, denn es hat ebenso sehr seine „eigene Erfreulichkeit“, daß man seine

6) Thibaut führt noch einen dritten Grund an, nämlich die nachjustinianische Praxis. Die genauere Untersuchung dieses Punktes gehört in unser fünftes Buch. — Die übrigen Gründe, welche von anderen Schriftstellern für die Bescheinigungen und die provisorische Natur des Interdicts angeführt sind, beziehen sich nicht auf die spätere Kaiserzeit, und ich verweise deßhalb auf den ersten Band. — Nur muß ich noch einer Ansicht v. Löhrs erwähnen, die auch gerade mit Rücksicht auf die spätere Zeit und das heutige Recht ausgesprochen wird. Indem er im Allgemeinen die Ansicht theilt, daß das Interdict ein possessorisches nach Zweck und Beweis von der her. pet. verschiedenes Rechtsmittel sei, sagt er aber doch, (Archiv f. civ. Pr. XII. S. 109.), daß der Beklagte durch Behauptung besserer Erbrechte wohl die Wirksamkeit der petitio, nicht aber die des Interdicts zu hemmen im Stande sei, und ebenso S. 115: die Erreichung des Zwecks des Interdicts könne dadurch nicht aufgeschoben werden, daß der Bekl. behauptet, er sei in der Lage, dem b. possessor die Erbschaft zu evinciren.

Außerdem sagt er ausdrücklich, daß das Interdict im heutigen Recht noch gerade so vorkomme, wie im alten; und fordert als Beweis der Klage nichts als die Nachweisung der gültig erworbenen b. p.

Es leuchtet nach meiner obigen Beweisführung ein, daß ich keinen dieser Sätze für richtig halten kann.

unsicher stehenden Kapitalien, oder sein unrechtlich von Anderen besessenes Gut recht bald wieder zurückbekomme.

Es giebt aber allerdings Gründe für die Zweckmäßigkeit eines possessorischen Erbschaftsprocesses, theils allgemeingültige, die auch für unsere Zeiten passen, theils historische, welche es erklärlich machen, daß die Römer mit dem Untergange des alten Begriffs der **b. p.** und der **fictitiae actiones** keineswegs auch das Interdict für antiquirt halten konnten.

Zu den ersteren, den gemeingültigen Gründen, ist freilich das subjective Interesse des Erbprätendenten nicht zu zählen. Es wird das gar nicht immer vorliegen, der Eine wird vielleicht ungeduldig sein, während ein Anderer, der vorherweiß, was ihm in der Erbschaft zufallen wird, sehr wenig und überhaupt nicht mehr Interesse haben wird, gleich in den Besitz zu kommen, als bei jedem anderen Processe. Es ist hier also gar kein feststehendes practisches Bedürfniß, und es würde, wenn es bestände, jedenfalls kein Grund sein, das Interdict nicht auch ebenso den Vermächtnißnehmern zuzugestehen, woran doch Niemand denkt. Dagegen kommen hier ganz andere Interessen in Betracht.

Wenn zwischen zwei Parteien Streit über die Erbschaft ist, so ist es allerdings von Wichtigkeit, daß der Eine von Beiden rasch zum Besitzer gerichtlich constituirt werde, weil Erbschaftsstreite vielfach verwickelterer Art sind, die deßhalb auch längere Zeit dauern werden, und weil die Erbschaft stets ein Complex von verschiedenartigen Vermögensgegenständen ist, die, damit sie vor Schaden bewahrt werden, eines Verwalters und gleich von Anfang an einer umsichtigen Ueberwachung bedürfen. Schon diese Gründe treffen bei Eigenthums- oder obligatorischen Processen im Durchschnitt keineswegs in gleichem Maaße ein. Aber es kommt noch ein anderer Grund hinzu, wodurch sich der Erbfall von allen anderen Processen genau unterscheidet. Durch den Tod des Erblassers entsteht ein besitzloser Zustand, und nun tritt eigenmächtige Besitzergreifung von Seiten derer, die Erbansprüche machen, ein. Bei allen anderen Processen aber kommt ein derartiger besitzloser Zustand über den streitigen Gegenstand gar nicht vor. Es hat hier immer schon der Eine denselben fest in Händen, und so ist es denn auch na-

türlich, daß, mag er ihn erhalten haben wie er wolle, es einstweilen so bleibe, bis der Gegner sein Recht erweist. Bei der Erbschaft, deren eigenmächtige Besitzergreifung füglich nicht verboten werden kann, ist es aber doch gut, daß Rechtsregeln bestehen, wodurch dies unter die richterliche Aufsicht gestellt werde. Nicht bloß, damit, was am seltensten vorkommen wird, die Gegner, welche beide Besitz ergreifen wollen, von wirklichen Thätlichkeiten zurückgehalten werden, sondern damit überhaupt der Besitzende einer gewissen Oberaufsicht unterworfen, und zu einer pflichtmäßigen Verwaltung des Vermögens bis zum Endurtheil verbindlich gemacht werde. Allerdings könnte der Richter diese Verpflichtung **ex officio** gleich dem auflegen, welchem es gerade gelungen ist, factisch zuerst Besitz zu ergreifen, aber es ist doch zu natürlich, daß das nicht geschehen soll, weil darin eben wieder ein Sporn für die streitenden Personen liegen würde, einander in der Besitzergreifung, und sei es auch mit Gewaltsamkeit, zuvorzukommen. Man kommt also ganz von selbst zu dem Resultat, daß der bis zum definitiven Endurtheil als Besitzer constituirt wird, welcher einstweilen die meiste Wahrscheinlichkeit des Sieges für sich hat, daß er also, wenn der Gegner factisch besitzt, ein Rechtsmittel auf rasche Besitzeserlangung haben muß. Siegt er dann, so ist es freilich ein ihm sehr zu gönnender Vortheil gewesen, daß er auch schon vorher zum Besitz gelangte; wird er besiegt, so ist es im wahren Interesse des Siegers gewesen, daß der Besitzer nicht privatim, sondern unter richterlicher Autorität zum Besitze gelangt war, und so durch Cautionen zu einer sorgsamen Verwaltung der Erbschaft verpflichtet werden konnte [7]).

Hieneben kommen nun aber noch ganz andere Rücksichten in Betracht, die wo möglich noch bedeutender sind. Bei einem Erbschaftsproceß sind stets Gläubiger, vielfach auch Vermächtnißnehmer interessirt. Justinian entscheidet in **l. 12. C. de her. pet.**, nach welchen Regeln dieselben schon während des

7) Es wird gewiß Jeder sehr passend finden, daß es ein Rechtsinstitut giebt, wonach z. B. im Städelschen Erbfall die Administratoren im Possessorium siegten, mit der Beschränkung: ut lite pendente nihil innovetur. S. Mühlenbruch Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles. S. 46.

Streites befriedigt werden können, worüber, wie er bemerkt, bisher mancherlei Zweifel geherrscht hätten. Er spricht von jedem **possessor hereditatis**, aber es ist doch einleuchtend, daß in Bezug auf Befriedigung dieser Ansprüche derjenige der passendste **possessor** ist, von dem jetzt schon die Wahrscheinlichkeit vorliegt, er werde im Processe siegen. Natürlich aber muß er die **corpora hereditaria** hiezu unter Händen haben, er muß sie also von seinem Gegner, oder wenn sie noch unter andere Besitzer zerstreut sind, auch von diesen schon jetzt herausfordern können. —

Dürfen wir also hiernach sagen, daß man ein Fortbestehen des **Int. quor. bon.** schon nach Gründen, die heutzutage ebenso vorliegen, in der späteren Kaiserzeit nicht bezweifeln konnte, so treten dazu noch andere, nur für das Römische Rechtsleben geltende, historische Umstände. Die ganze **b. p.** war vorherrschend aus dem Interesse der Creditoren und der übrigen Interessirten hervorgegangen, und wenn auch der Prätor mit seinem Institute noch andere Zwecke erreichte, so behielt er doch jenen Punkt stets im Auge, und ließ sogar, um ihn ganz genügend zu reguliren, wieder aus der **b. p.** das **spatium deliberandi** hervorgehen. Daher kommt, daß er die Leitung des Instituts auch für jeden einzelnen Erbfall stets in seiner Hand behielt, und nicht die Beurtheilung, wer der wahrscheinliche Erbberechtigte sei, den **judices** in den einzelnen hinterdrein folgenden Processen überließ. So hat also die **b. p.** unter der Hand des Prätors, stets, wie ich vorher schon bemerkte, vorherrschend ihr possessorisches Element beibehalten. Als nun die Thätigkeit des Prätors wegfällt, als daher die **b. p.** einen rein petitorischen Charakter bekommt, d. h. ein Complex von Rechtsregeln wird, nach denen sich in Verein mit denen des Civilrechts die definitive Erbberechtigung der Einzelnen entscheidet, — sollte jetzt das Römische Rechtsleben, das sich Jahrhunderte lang an jenes possessorische Element gewöhnt hatte, auf einmal dieses Bedürfnisses sich haben entschlagen können? Wir sehen ja das Gegentheil schon dadurch bewiesen, daß sich neben dem **Int. quor. bon.** in einem beschränkten Kreise sogar noch ein neues ähnliches Rechtsmittel, die **missio ex edicto Hadriani**, festsetzen konnte, welches nun,

weil es zu den damaligen Verhältnissen noch mehr paßte, in diesem Gebiete das Interdict allmählich verdrängte, aber jedenfalls liegt doch darin, daß ein possessorisches Rechtsmittel bei Erbschaftsangelegenheiten den Römern ein Bedürfniß war, und daß also sehr erklärlicher Weise die Kaisergesetzgebung sich aus gutem Grunde noch immer mit dem Interdicte beschäftigte.

Weil die **b. p.** durchaus den Charakter des definitiven Erbrechts bekommen hatte, und die **b. p. sine re** verschwunden war, mußte freilich das Interdict eine wesentlich andere Gestalt erhalten; aber fortbestehen mußte es, damit der alte Zweck, den die **b. p.** früher ausfüllte, auch fernerhin noch befriedigt werde. Das Interdict ist in seiner neueren Gestalt an die Stelle der alten **b. p. sine re** getreten. —

Ziehen wir nunmehr den Schluß aus dem Gesagten, so können wir uns auch so ausdrücken: die **b. p.** der späteren Kaiserzeit enthält zwei Elemente, ein petitorisches und ein possessorisches: beide bestehen selbständig neben einander. Jenes ist der Complex der Rechtsregeln, wonach sich in Verein mit denen des Civilrechts, die definitive Erbberechtigung richtet (**successio ex jure civili et honorario**). In Beziehung hierauf ist völlige Gleichheit der Erbbefugnisse des **heres** und **bonorum possessor** vorhanden, außer daß noch rücksichtlich der Antretung dieses definitiven Erbrechts sich zwischen Beiden einige Verschiedenheit findet.

Daneben aber besteht noch ein allgemeines possessorisches Rechtsmittel, welches jeder Civilerbe nicht durch **hered. aditio**, sondern nur durch besondere Agnition erwirbt, während es dem Prätorischen Erben zugleich mit seiner definitiven Erbantretung zusteht. Hiedurch wird, ehe das Recht der **ex jure civili** oder **praetorio** die **successio** Verlangenden definitiv entschieden ist, bereits provisorisch der Besitz der **corpora hereditaria** festgestellt. Indeß hat dies Interdict der ebenfalls provisorischen **missio** einen Theil seines Gebietes abtreten müssen.

§. 146. Es bleibt uns noch die Frage, ob das Interdict ein summarisches genannt werden könne? Was wir für die frühere Zeit in dieser Hinsicht zu sagen haben, ist schon Bd. I. S. 359. angegeben. In Bezug auf die spätere Kaiserzeit kann

man allerdings eine gewisse Summarietät der Interdicte zugestehen, wenn man nur sich vor drei Fehlern hütet; daß man nämlich die Punkte, auf die man die Summarietät stützt, nicht für etwas lediglich den Interdicten Eigenes hält [1]), ferner, daß man andere Punkte, welche die besonders summarische Behandlung einzelner Interdicte allerdings zeigen, nicht als sich von selbst verstehend auch auf andere Interdicte ausdehnt [2]), und endlich daß, wenn man nun die Interdicte überhaupt summarisch nennt, man damit nicht unseren heutigen summarischen Proceß verwechselt, der doch noch auf ganz anderen Grundlagen ruht.

Ich brauche mich aber auf Alles dies nicht weiter einzulassen, und verweise den Leser auf Hollwegs gediegene Darstellung [3]), dem auch darin völlig beizustimmen ist, daß für die Interdicte eine allgemein provisorische Natur durchaus nicht angenommen werden kann. Auch ist gerade rücksichtlich unseres Interdictes an und für sich aus seiner Summarietät, wie Hollweg ganz mit Recht (S. 395. Not. 30.) annimmt, für seine provisorische Natur keine Folgerung abzuleiten [4]). Es ließe sich vollkommen denken, daß es trotz seiner Summarietät, trotz der Ausschließung der Appellation, dieselbe Gestalt behalten hätte, welche es zur Zeit der klassischen Juristen hatte, falls nämlich nicht die ganze **b. p.** umgestaltet worden wäre. Seitdem es aber durch die innere Umwälzung der **b. p.** ein provisorisches Rechtsmittel geworden war, und nicht mehr gegen den **heres** ging, erscheint es freilich sehr natürlich, daß dies gerade der Grund wurde, es auch in der Form noch summarischer zu machen, und also namentlich die Appellation zu verbieten, worauf man ohne das wohl ebensowenig gekommen wäre, als man z. B. beim **Int. quod legatorum** jemals daran gedacht hat.

Diese Ausschließung der Appellation, die sonst nur noch beim

1) Wie namentlich die Ausschließung der litis denunciatio.

2) Wie z. B. die Ausschließung der Appellation und Anderes.

3) Handbuch d. Civilpr. I. S. 392.

4) Ob ein Interdict diese Stellung zu einer petitorischen Klage einnimmt, ist stets in jedem einzelnen Falle aus seiner inneren materiellen Natur abzuleiten. Und danach läßt sich dies bekanntlich auch noch für einige andere Interdicte, außer dem quor. bon., annehmen.

Int. unde vi vorkommt, scheint mir nun genau zusammenzuhängen mit der gleichen Verfügung, welche, mit geringem Unterschiede der Zeit, auch für die **missio ex edicto Hadriani** getroffen wurde.

Im Jahre 374 bestimmen sie nämlich Valentinian, Valens und Gratian für das Interdict,

> l. 22. Th. C. quor. appell. non recip. (XI. 36.) **In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis.**

und schon im Jahre 379 wird dieselbe Bestimmung auch für die **missio** von Gratian, Valentinian und Theodosius wieder eingeschärft [4a]).

> l. 26 Th. C. eod. — **Quisquis, ne voluntas diem funeti testamento scripta reseretur, vel ne hi quos scriptos patuerit, heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit provocare, interpositamque appellationem, cujus de ea re notio crit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta et litigatorem, qui tam importune appellaverit, et judicem, qui tam ignave conniventiam adhibuerit, involvat.**

Wir sehen also auch in diesem Punkte beide Rechtsmittel durchaus gleichen Schritt gehen. Und so liegt denn wohl die Annahme sehr nahe, daß in der damaligen Zeit beide Rechtsmittel ganz denselben practischen Effect haben. Beide gehen auf die **corpora hereditaria**, das eine verdrängt das andere ganz aus seinem Kreise, es würde also auch höchst gezwungen sein, wenn man annehmen wollte, es sei damals noch an den alten Unterschied, daß die **missiones** nur **custodia** gewähren, das Interdict aber wahre **possessio** verleiht, irgend gedacht worden [5]).

4a) S. fr. 7. pr. de appell. recipiend.

5) Nur den Unterschied muß man allerdings wohl annehmen, daß die **missio** auch ohne allen Gegner erbeten und ertheilt werden kann, während das Interdict einen Anderen, der schon factisch Besitz ergriffen hat, voraussetzt, denn von einer anderen Gestaltung desselben finden sich, abgesehen von der westgothischen Compilation, in

Deßhalb dürfen wir auch umgekehrt die Bedeutung der **missio** als eines provisorischen Rechtsmittels als einen äußeren Beweisgrund für das anführen, worauf uns beim **Int. quor. bon.** ebenfalls schon die innere Umgestaltung der **b. p.** geführt hat (s. §. 144. Not. 9.). Savigny, der die provisorische Bedeutung der **missio Hadriana** nicht in Zweifel zieht, bestreitet aber doch die daraus für das Interdict zu beziehenden Folgerungen. Ich behaupte natürlich nur, daß lediglich nach der späteren Gestalt des Interdicts eine Vergleichung beider Institute möglich sei [6]). Savigny giebt zu, daß auch bei der **missio** ein Gegner, also ein kurzes processualisches Verfahren vorkommen könne, indem doch mancherlei Einwendungen des Besitzers gegen den, der die **missio** erbittet, nothwendig beachtet werden müssen. Welche Einwendungen dahin gehören, habe ich hier nicht zu untersuchen. Ferner steht auch das fest, daß, wie Savigny selbst sagt, „in späterer Zeit die **missio** so gut wie die Entscheidung des Interdicts als eine von jedem Richter ausgehende Verfügung" erscheint. Nichts destoweniger aber sei das Bedürfniß provisorisch und auf bloße Wahrscheinlichkeit über testamentarisches Erbrecht zu erkennen, keineswegs, auch rein practisch betrachtet, für die übrigen Fälle vorhanden. Da der Richter bei einem Testament nur auf eine bestimmte, durch sinnliche Wahrnehmung leicht und sicher erkennbare Thatsache zu entscheiden hat, so sei damit die doppelte Gefahr der blinden regellosen Willkühr, und der Verschleppung der Sache beseitigt. Wo dagegen ein angeblicher Verwandter Intestaterbrecht in Anspruch nehme, und der Besitzer die Verwandtschaft be-

---

den Quellen keine Beweise. — Aber es läßt sich dafür auch ein innerer Grund anführen, daß nämlich ein fremder **scriptus heres** (ganz abgesehen von den besonderen Einwirkungen der Römischen Erbschaftssteuer) auch bei ganz unbesessenen Gütern lieber eine gerichtliche Einweisung wünschen wird, während Verwandte oder Ehegatten in Folge ihres nahen Verhältnisses zum Erblasser sich gar nicht bedenken werden, die Güter, auf die sie Erbrecht zu haben meinen, gleich factisch in Besitz zu nehmen. Hier findet sich also das practische Bedürfniß eines gerichtlichen Schutzes für die Besitzeserlangung nur, wenn ein Anderer schon im Besitze ist.

6) Ich beziehe mich also nicht auf das von Savigny Zeitschrift Bd. **V.** S. **10.** Gesagte, sondern auf Bd. **VI.** S. 233. u. S. 264. Not. 1.

ſtreite, da ſeien jene beiden Gefahren ſo ſtark, daß die Anwendung eines proviſoriſchen Rechtsmittels ſehr bedenklich werde.

In Bezug auf die letzte Gefahr, die Verſchleppung der Sache, gebe ich freilich zu, daß wenn der Richter den Zweck des Inſtituts aus den Augen verliert, und aus einem Rechtsmittel, das nur in der Raſchheit der Beendigung ſeinen wahren Nutzen trägt, ein lange dauerndes Verfahren macht, dann es eben ſogut wäre, das Rechtsmittel beſtände gar nicht. Und in dieſer Weiſe iſt unſerer deutſchen Praxis wohl gegründeter Vorwurf zu machen. Aber dies entſcheidet doch nicht gegen die Nützlichkeit des Inſtitutes ſelbſt, welchem, damit ſie wirklich ins Leben trete, auf andere Weiſe, nicht durch Aufhebung deſſelben, geholfen werden muß. Wenn alſo wirklich das Interdict auf zweckmäßigem Grunde ruht (und ich verweiſe in dieſer Beziehung auf die Ausführungen des vorigen §.), ſo haben wir nur darüber zu wachen, daß es ſeine wahre Tendenz behalte, und durch raſche Entſcheidung ſeinen Zweck erfülle.

Die andere Gefahr aber, welche Savigny hervorhebt, ſcheint mir eher umgekehrt gefaßt werden zu können. Bei den Fragen über Verwandtſchaft, oder eheliches Verhältniß iſt viel leichter eine ziemlich ſichere Wahrſcheinlichkeit zu conſtatiren, der Zuſtand, ob man Jemand bisher für ein Kind, für einen Vetter des Verſtorbenen gehalten hat, iſt im Allgemeinen raſch und mit Sicherheit feſtzuſtellen, ſo daß man hier dem Richter ohne Gefahr vor regelloſer Willkühr, freies **arbitrium** laſſen kann. Dagegen die Fragen, ob ein Teſtament gültig ſei, gehen ſogleich ſo ſehr ins Specielle, es ſind ſo vielerlei Bedenklichkeiten möglich, daß, um den Richter hier von Willkührlichkeiten abzuhalten, eine abſolute Rechtsregel feſtſtehen muß, aus welchen Gründen man das Teſtament für wahrſcheinlich gültig oder ungültig zu halten habe. Deßhalb proponirte gerade ſchon der Prätor bei der **sec. tab. b. p.** feſte Sätze, nach denen er die Wahrſcheinlichkeit im allgemeinen präſumiren wollte, während bei den übrigen Klaſſen nicht in gleicher Weiſe beſtimmte Regeln dem Edicte einverleibt wurden. Deßhalb wurde auch, offenbar ſich ganz an das Prätoriſche Recht anlehnend, für die **missio** ein äußerlich fehlerfreies Teſtament verlangt, während beim Interdict, das, wie wir geſehen haben, vorzüglich

außerhalb der testamentarischen Successsion in Gebrauch blieb, ebenso wie hier früher die freie Untersuchung des Prätors allein in Betracht kam, so auch in der späteren Zeit die Beurtheilung der Wahrscheinlichkeit dem richterlichen **arbitrium** überlassen blieb. —

Ueberhaupt aber ist die Zusammenstellung des Interdicts mit der **missio** nicht bloß vom rein practischen Standpuncte aus zu unternehmen, von welchem Gesichtspunkte Savigny a. a. O. lediglich ausgeht, sie ist eine historisch gerechtfertigte, auf die uns die Quellen unzweideutig hinführen. Beide Institute sind in Bezug auf den Gegenstand (die **corpora hereditaria**) entschieden gleich, sie erleiden gleiche Schicksale in Bezug auf die Inappellabilität, das eine wird durch das andere zurückgedrängt. Beide Institute werden endlich in den Quellen als besondere **beneficia**, und zwar offenbar in Bezug auf **celeritas**, hervorgehoben, und gerade auch ehe die Appellation ausgeschlossen war, sollen sie schon solche **beneficia** gewesen sein. Da nun aber im Uebrigen die Summarietät derselben durchaus nicht so bedeutend war, und sie diese mit vielen anderen Klagen theilten, bei denen jener Ausdruck gar nicht vorkommt, so führt das darauf, daß der Grund dieses **beneficium** nicht vorzugsweise die äußere processualische Raschheit des Verfahrens ist, sondern die innere Construction der Rechtsmittel, derzufolge sie, weil das Recht nicht definitiv, sondern nur nach Wahrscheinlichkeit entschieden wurde, nothwendig rasch beendigt werden mußten. Bei der **missio Hadriana** steht dies ja auch vollkommen fest, und für das Interdict bringt es schon die Interpretation jener Stelle mit sich. Es habe, sagt der Kaiser von Anfang an die **celeritas** bezweckt (**beneficio celeritatis inventum**), da aber in früherer Zeit die Summarietät noch viel weniger hervortritt, so muß der Kaiser von der inneren Structur des Rechtsmittels gesprochen haben, die nun hauptsächlich erst durch seine Verfügung auch äußerlich im Verfahren zur Erscheinung kommen soll [7]). —

7) Bd. I. S. 385 f. — Hollweg a. a. O. S. 395. Not. 30. erklärt daher den Ausdruck **beneficium**, der bekanntlich schon bei Gaius III. 34. der b. p. gerade in Bezug auf das Interdict beigelegt wird, und dann so häufig in den Quellen wiederkehrt, wohl zu eng ledig-

Jetzt haben wir denn auch endlich die Stelle anzuführen, welche so vielfache Mißverständnisse hervorgerufen hat, und namentlich für den Beweis der Summarietät aller Interdicte, besonders des unsrigen, viel mehr urgirt worden ist, als eine natürliche Interpretation mir an die Hand zu geben scheint. Ich meine die

> **l. un. Th. C. quor. bon. (Arcad. et Hon.). — Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? §. 1. Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis, superstitibus consanguineis, esse extraneum, cum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat. §. 2. Insuper etiam mansura perpetua sanctione jubemus, ut, omnibus frustrationibus amputatis, in petitorem corpora trasferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.**

Daß man aus dieser Stelle nicht beweisen kann, es sei hier (auch in der Gestalt wie die Worte in l. 3. C. quor. bon. lauten) von der her. petitio die Rede, welche dem Ehegatten reservirt werde [8]), ist bereits Bd. I. S. 394. ausgeführt worden. Es würde auch schon nach dem ganzen Gange der Constitution diese Endentscheidung unnatürlich sein. Sie setzt als feststehend voraus, daß **consanguinei** vorhanden, und die **heredes** sind. Nun geht sie die beiden Punkte durch, auf die sich der Wittwer allenfalls berufen könnte, um die cor-

---

lich aus der summarischen Natur. Gerade weil die Ausdrucksweise wechselt, und bald das Interdict, bald die b. p. wegen des Interdicts so genannt wird, sieht man, daß das beneficium nicht im Processualischen, sondern im Wesen der b. p., durch welches das Wesen des Interdicts bedingt wird, liegt. — Uebrigens wird man mir wohl nicht entgegenhalten, daß auch Stellen vorkommen (z. B. l. 8. Th. C. de matern. bon.), wo mit edicti beneficium nicht bloß gerade das Interdict, sondern überhaupt das ganze Prätorische Erbrecht bezeichnet wird.

8) v. Löhr Archiv f. civ. Pr. XII. S. 105. Früher vertheidigte von Löhr die richtige Ansicht. S. dessen Uebersicht der Constit. Heft I. S. 82.

pora hereditaria zurückzubehalten. Von dem ersten Punkte könne gar nicht die Rede sein, da, sobald **consanguinei** existirten, es sich von selbst verstehe, daß der Ehegatte kein Erbrecht habe. Er könne sich also nur etwa darauf berufen, daß die Sachen ihm gehörten, aber, wenn der Erblasser sie bis zum Tode besessen, müßten dennoch dieselben einstweilen herausgegeben werden, mit Reservirung einer etwaigen Eigenthumsklage. Man sieht, die Kaiser setzen die **consanguinei** entschieden als **heredes** voraus, dies wird also der Mann gar nicht eigentlich bestritten haben, und unmöglich kann dem Manne bei solcher Voraussetzung noch die **her. pet.**, als ein Punkt der Vertröstung, reservirt werden, er würde ja doch nicht damit siegen.

Aber gerade aus den Voraussetzungen, die in unserer Stelle liegen, läßt sich die natürliche Anwendung des **Int. quor. bon.** sehr einfach erklären. Es sind **consanguinei** vorhanden, und über dies Verwandtschaftsrecht liegen keine Gründe des Streites vor; etwas Anderes ist freilich immer noch, daß der Mann ihnen ihr Erbrecht gleich zugestehen sollte, er wird sich nicht damit selbst die Möglichkeit verbauen, doch noch vielleicht, wenn besondere Umstände gegen sie zu Tage kämen, mit der **successionis vindicatio** aufzutreten. Aber jedenfalls liegt doch dergleichen jetzt nicht vor, unsere Stelle setzt gerade einen Fall voraus, wie er so oft vorkommt, wo eine spätere Erbklasse einer früheren gegenübersteht, und freilich keine Gründe hat, dieser ihr Erbrecht zu bezweifeln, aber doch es auch nicht gleich zugestehen will. Hier ist es passend, daß die frühere Erbklasse schon auf bloße Wahrscheinlichmachung ihres Erbrechts den Besitz erhält, wodurch denn auch in den meisten Fällen ein weitläuftiger Erbschaftsproceß ganz vermieden wird, da die spätere Klasse in der That kein Recht hat, während freilich, wenn besondere Gründe vorliegen, ihr die **her. pet.** durchaus zusteht.

Der Hauptgrund, auf welchen der Mann sich nach unserer Stelle stützt, ist, daß die einzelnen Sachen ihm gehörten, während die Berufung auf sein Erbrecht nur eine Nebenvertheidigung war, damit die Kläger ihres Wahrscheinlichkeitsbeweises nicht überhoben werden sollen. Mit jenem anderen Punkte beschäftigt sich unsere Stelle eigentlich, das **Principium** und der §. 2. handelt davon, zwischen welche der §. 1. nur als

ein Nebenpunkt eingeschoben ist. Die Kaiser entscheiden nun diese Frage ganz nach den von jeher bestehenden Grundsätzen. Die Voraussetzung ist nämlich, daß Kläger den Besitzeszustand des Erblassers zur Zeit des Todes beweisen muß (**quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset**), und gewiß ist hierfür fortwährend, so wie früher, ein wahrer Beweis, nicht bloß eine Bescheinigung gefordert worden. Sobald aber dieser Beweis vorliegt [9]), so sollen alle weiteren Behauptungen des Eigenthums damit abgeschnitten sein, und vom Bekl. in einem eigenen Proceß geltend gemacht werden. Hiernach scheint doch durchaus die natürlichste Interpretation, daß da schon im **Principium** diese Gegenbehauptungen des Mannes erwähnt sind (**etiamsi quod possit de proprietate tribui luctamen**), nur mit den Worten **omnibus frustrationibus amputatis** („mit Ausschluß aller Weiterungen") eben diese unzulässigen Gegenbehauptungen gemeint sind, weßhalb denn am Ende hinzugesetzt wird, daß eine besondere darauf gestützte Klage nicht ausgeschlossen sei.

---

9) Dieser Punkt scheint mir von Mayer Erbrecht I. S. 416. 417. nicht richtig gefaßt zu werden. Er sagt, während eigentlich der Besitz pro herede und pro possessore wesentliche Voraussetzung des Interdictes sei, so solle doch die auf Einzelnes aus einer Gesammtheit gerichtete Behauptung, man besitze es titulo proprio, nur um frustrationes abzuschneiden, nicht gehört werden. Und darin findet er dann den Beweis, daß alle Einreden altioris indaginis ad separatum verwiesen werden sollen. Aber dies ist doch aus unserer Stelle nicht abzuleiten. Wenn der Bekl. behauptet, er besitze einzelne Sachen (neben dem, was er pro her. od. pro poss. hat) titulo singulari d. h. er besitze es schon von Lebzeiten des Erblassers her, so muß, wie unsere Stelle es ausdrücklich voraussetzt, der Kläger beweisen, daß der Erblasser diese Sachen in ultimum usque diem im Besitz gehabt habe. Alsdann nämlich darf sich der besitzende Beklagte nicht auf einen titulus singularis berufen, denn er hat die Sachen eigenmächtig in Besitz genommen, und nemo sibi causam possessionis mutare potest. Wo dagegen der Kläger jenen Beweis nicht liefern kann, da werden sie keineswegs mit den übrigen Sachen auf den Kläger übertragen, sondern das Interdict ist auf sie, weil die Hauptbedingung fehlt, gar nicht mit gerichtet, und der Interdictskläger kann sich dann nur mit der rei vind. helfen. S. Savigny Zeitschrift VI. S. 252.

Man hat in neuerer Zeit, wenn ich so sagen soll, Jagd gemacht auf Stellen, wodurch die Summarietät der Interdicte bewiesen würde, und danach sich denn auch besonders auf diese Stelle gestützt. Wenn man nun aber über die Sache einverstanden ist, und die Summarietät namentlich des **Int. quor. bon.** zugiebt, so wird man doch aber auch von der anderen Seite zugestehen müssen, daß in dieser Stelle gar keine weitere Andeutung sich findet, der Kaiser denke hier an die Summarietät, und daß also gar kein Grund vorhanden ist, die Worte **omnibus frustrationibus amputatis** auf etwas Anderes zu beziehen, als woran er entschieden denkt, nämlich auf die Eigenthumsbehauptungen des Beklagten. Deßhalb scheint mir auch die Reception dieser Stelle in den Codex nicht für das **Interdictum quor. bon.** dieselbe besondere Summarietät zu rechtfertigen, welche allerdings für einzelne andere Interdicte nach Maaßgabe der uns vorliegenden Stellen angenommen werden muß [10]).

§. 147. Die bisherige Darstellung hat schon gezeigt, wie wir uns im Allgemeinen das Verhältniß des **Int. quor. bon. zur her. pet.** zu denken haben. Es ist aber in dieser Hinsicht doch noch Einiges bisher nicht Erörterte hinzuzufügen.

1) Ich bemerkte schon §. 145. a. Ende, das Interdict sei gewissermaßen an die Stelle der alten **b. p. sine re** getreten. Durch die letztere ernannte der Prätor einen rein interimistischen Repräsentanten des Erben, der einstweilen selbst als Erbe herrscht, bis dann der wahre **heres** mit der **her. pet.** siegt. Jetzt kann auch der, welcher nur wahrscheinlich zu machen vermag, er sei der Nächstberechtigte, selbst wenn er es in der That nicht ist, einstweilen den Besitz der **corpora hereditaria** erlangen, bis der Gegner mit der **successionis vindicatio** siegt, und dies ist gerade das possessorische Element, welches unsere Lehre auch noch stets aus früherer Zeit her bewahrt hat.

Indessen müssen wir doch noch genauer die Unterschiede angeben, welche hiebei nicht zu verkennen sind. Ich meine zweierlei:

10) Hollweg a. a. O. S. 397. f. l. 8. C. unde vi. l. 1. C. si per vim l. 14. C. de agricolis.

a) die frühere interimistische Repräsentation, welche in der **b. p. sine re** lag, bezog sich auf die gesammte ideelle Erbschaft, sie war ein Besitz des ganzen Erbrechts, eine wahre interimistische Universalsuccession. Da sie sich auf die Prätorische Verleihung stützte, gewährte sie ein sehr freies Schalten und Walten über die Erbschaft. Das **Int. quor. bon.** war nur ein Theil der daraus fließenden Befugnisse, sie verlieh auch alle anderen Rechte, welche im Begriff der Universalsuccession liegen. Der **b. possessor** sollte für Alles wie ein Erbe haften (passiv **fictitiae actiones**) [1]), dafür sollte er aber auch alle Rechte geltend machen können, und diese trennte der Prätor nach einer sehr natürlichen Unterscheidung in das Universalrecht auf alle **corpora hereditaria (Int. quor. bon.)** und alle aus der Person des Erblassers geltend zu machenden Einzelklagen (active **fictitiae actiones**) [2]).

---

1) Deßhalb liberirte der bon. possessor, wenn er einen Erbschaftsgläubiger bezahlte, dadurch den ihm gegenüberstehenden heres, worin zugleich liegt, daß der b. possessor, wenn jener die her. pet. anstellte, bei der Restitution der Erbschaft die gezahlte Summe abrechnen konnte. **Fr. 95 §. 8. de solut.** Bei einem anderen possessor **hereditatis** war dies dagegen nicht der Fall. **Fr. 38. §. 2. eod. fr. 19. §. 1. de cond. indeb.** — Dies ist wieder ein wichtiger Beweis für den schon im ersten Bande oft hervorgehobenen Satz, daß die b. p. sine re eine große reelle Bedeutung, nämlich die der interimistischen Repräsentation des heres, hatte.

2) Also wenn der b. possessor von einem Erbschaftsschuldner die Schuld einklagte, oder auch ohne Proceß sich zahlen ließ, so wurde jedenfalls dadurch der Debitor liberirt, und dies konnte nicht im Geringsten dadurch verändert werden, daß hinterdrein ein heres gegen den b. possessor auftrat, und ihm die Erbschaft evincirte. Interessant aber ist, was wir in dieser Hinsicht noch besonderes aus **fr. 26. §. 11. de cond. ind.** lernen. Wenn nämlich bei diesem Erbschaftsproceß der b. possessor nicht so, wie er muß, die Erbschaft defendirt, d. h. keine Caution leistet, so daß mittelst des **Int. quam hereditatem** eine Translation des Besitzes eintreten kann, so muß freilich der Debitor immer daran festhalten können, daß er durch seine frühere Zahlung an den b. possessor liberirt sei, aber er muß auch, da der b. possessor durch sein Nichtdefendiren der hereditas gleichsam sein ganzes interimistisches Stellvertretungsrecht ex post vernichtet, seine frühere Zahlung an denselben, obgleich sie ein wahres debitum betraf, mit einer **condictio sine causa** revo-

In der späteren Kaiserzeit aber ist die Geltendmachung dieser activen **fictitiae actiones** weggefallen; wer die Einzelklagen des Erblassers anstellen will, muß seine definitive **successio ex jure civili** oder **praetorio** beweisen, ebenso wie wenn er die **successionis vindicatio** anstellt, d. h. er hat nicht bloß **her. aditio** oder Agnition, und ferner auch nicht bloß die Wahrscheinlichkeit seines Erbrechts, sondern die *Wahrheit* desselben darzuthun, wenn sein Gegner behauptet, er selbst oder ein Anderer sei der Nächstberechtigte.

Es bleiben also nur noch die **corpora hereditaria** als Etwas übrig, das man auf bloße Wahrscheinlichkeit hin fordern kann, aber es braucht nun auch wohl nicht weiter ausgeführt zu werden, daß, da einmal das alte auf die ganze Universalsuccession gerichtete System der **b. p.** jetzt nicht mehr gehandhabt werden konnte, auch gerade lediglich in Bezug auf diese **corpora hereditaria** noch ein practisches Bedürfniß vorlag, das alte possessorische Element der **b. p.** aufrecht zu erhalten.

Ganz anders aber ist es mit den *gegen* den Erbschaftsbesitzer geltend zu machenden Klagen, welche der **b. possessor** früher stets als **fictitiae** gegen sich richten lassen mußte. Wie weit hier bei einem Erbschaftsbesitzer, der nicht **b. p.** agnoscirt hat, die Grundsätze der **b. p.** etwa analog anzuwenden waren, darüber mögen auch schon die Römischen klassischen Juristen zweifelhaft gewesen sein [3]; und in der Folgezeit müssen darüber ebenfalls Schwankungen geherrscht haben, mogte der Besitzer durch factische Ergreifung oder durch Sieg mit dem In-

---

ciren dürfen. Der Debitor muß, da der **b. possessor** nicht defendirt, ganz in den früheren Zustand zurückversetzt werden können, um dann erst demjenigen zu zahlen, welcher sich ihm gegenüber wirklich als heres ausweist. — Dagegen wenn Jemand darthun kann, daß er Etwas indebite an den b. possessor gezahlt habe, so kann er es stets, mag dieser defendiren oder nicht, condiciren. — Die Worte unserer Stelle, welche ich mit dem Gesagten verständlich interpretirt zu haben hoffe, obgleich sich noch Mehr darüber sagen ließe, lauten: Heredi (richtiger ist wohl die Lesart hereditatis) vel bonorum possessori, siquidem defendat hereditatem, indebitum solutum condici poterit; si vero is non defendat, etiam debitum solutum repeti potest.

3) S. auch fr. 6. §. 1. de interr. in jure.

terdict, oder durch **missio** zum Besitz gelangt sein. Deßhalb findet Justinian es nöthig in l. 12. C. **de her. pet.** dies genauer festzustellen, und die Grundsätze, die er hierüber anordnet, sind recht passend und vernünftig.

b) Ein zweiter wichtiger Unterschied der früheren **b. p. sine re** und des jetzigen **Int. quor. bon.** liegt darin, daß in jenem Falle der einstweilige Besitzer nur durch die **her. pet.** eines Civilerben vertrieben werden konnte. Denn ein vor dem **b. possessor** lediglich nach Prätorischem Recht Gerufener hatte ja seine Agnition stets versäumt, und ein später zu Rufender konnte gar keine Ansprüche machen, indem nach einmal gültig ertheilter **b. p.** sie nicht weiter deferirt wurde. Gerade weil daher im Ganzen wenigen Personen das Recht zustand, die **b. p. sine re** zu machen, so hatte das **Int. quor. bon.** damals so häufig ein ganz anderes practisches Resultat, es diente zur Erlangung der Güter, die der **b. possessor** dann auch dauernd behielt.

Wer aber in späterer Kaiserzeit durch das Interdict zum interimistischen Besitz der Erbschaftssachen gelangt war, konnte natürlich von Jedem, der besseres definitives Erbrecht nachwies, mit der **successionis vindicatio** besiegt werden. Und dies konnte daher, seit die **b. p. inter alienas vices** agnoscirt werden durfte, auch Jemand sein, der sich auf **successio ex jure Praetorio** stützte, ein näherer Verwandter, von dessen Existenz man etwa zuerst nichts wußte, und der auch selbst nichts vom Erbfall erfahren hatte, nun aber nach Agnition der **b. p.** gegen den auftritt, welcher selbst schon gegen entferntere Prätendenten mit dem **Int. quor. bon.** gesiegt hatte. Ebenso auch ein entfernterer Prätorischer Erbe, welcher nachwies, daß der in Folge der Wahrscheinlichkeit seines Erbrechts in den Besitz Gesetzte, wegen der inneren Ungültigkeit des Testamentes oder weil er überhaupt kein Verwandtschaftsrecht habe, — ihm, dem in späterer Klasse Stehenden, Platz machen müsse. Und zwar konnte letzterer Fall eben so gut auch schon vor dem Gesetz des Constantius über die Agnition **inter alienas vices** vorkommen.

Also ebensogut, wie wir schon gesehen haben, daß ein **bon. possessor** gegen den anderen ein **Int. quor. bon.** anstellen kann, so haben wir dies auch von der **her. petitio** zu sa-

gen. Es besteht jetzt die Regel, daß Jeder, welcher die **successionis vindicatio** hat (und natürlich sein Recht auch wirklich beweisen kann), den, welcher mit dem Interdict gesiegt hatte, vertreiben kann. Darin aber liegt wieder ein vollständiger Beweis für den oben schon dargethanen Satz (§. 127.), daß seit der Umgestaltung der **b. p.**, oder wie man auch sagen kann, seit der Entstehung der **successionis vindicatio** für die Prätorischen Erben, von der alten **b. p. sine re** gar nicht mehr die Rede sein kann [4]).

2) Bisher sprach ich von dem practischen Verhältniß, welches im einzelnen Erbfall die beiden Rechtsmittel zu einander einnehmen. Ich muß noch einige Worte über das theoretische Verhältniß, in welchem beide Rechtsinstitute zu einander stehen, hinzufügen. Im ersten Bande habe ich weitläuftiger entwickelt, daß die merkwürdige Gestalt der **her. pet.** (als ein die **corpora hereditaria** und die obligatorischen, nicht aber die dinglichen Einzelklagen umfassendes Rechtsmittel) sich aus der **pro herede usucapio** erklärt; wogegen die prätorische Construirung der Rechtsmittel für den **bon. possessor** eine natürlichere dem Wesen des Erbbegriffs entsprechendere

4) Hiebei könnte man noch auf die Frage kommen, ob, wenn Jemand schon mit dem Interdict gegen Dritte gesiegt hat, nun ein noch näher Berechtigter gegen diesen nicht mit der **her. pet.**, sondern etwa wieder mit dem **Int. quor. bon.** und bloßem Wahrscheinlichkeitsbeweis auftreten könnte? Allein ich habe wohl nicht nöthig, mich ernstlich auf die Beantwortung dieser in den Quellen bekanntlich nirgends angedeuteten Frage einzulassen. Wer einmal durch Richterspruch als wahrscheinlicher Erbe, sei es auch nur bestimmten Personen gegenüber, in den Besitz der Sachen gesetzt ist, kann daraus nur wieder vertrieben werden, wenn die Wahrheit an die Stelle der Wahrscheinlichkeit tritt. Ebenso haben wir also natürlich auch zu sagen, daß gegen den **missus ex edicto Hadriani** nicht noch wieder ein **Int. quor. bon.** angestellt werden kann, und dies stimmt mit der **l. 3. C. de edict. div. Hadr. toll.** vollkommen überein. Daß aber umgekehrt durch die **missio** noch ein Besitzer, der mit dem Interdict gesiegt hatte, wieder vertrieben werden könne, wie Mayer Erbrecht I. S. 416 zu meinen scheint, dünkt mir bei der ganz gleichen Stufe, auf der das Interdict und die **missio** stehen, völlig unzulässig. Die **l. 3. C. cit.** beweist freilich nicht dafür, aber wahrlich auch Nichts dagegen.

ist, wonach die Einzelklagen ganz abgesondert werden, und das Interdict nur auf die **corpora hereditaria** geht.

Wir haben nun schon im Verlauf der Darstellung gesehen, daß nicht bloß das Interdict dem Gegenstande nach unverändert geblieben ist, sondern auch an der sonderbar gebildeten civilen **her. pet.** keine Umgestaltung sich findet, so daß sie auch seit ihrer Uebertragung auf den Prätorischen Erben diesem ganz so wie dem **heres** zustand.

Es läßt sich nun wohl sagen, daß man für die **her. petitio** aus der Art, wie der Prätor seine Rechtsmittel bildete, etwas lernen kann. Und man darf fragen, warum bei den Römern das, was das Prätorische System Besseres enthält, auf die **her. pet.** nicht übertragen worden ist?

Es läßt sich darauf nicht antworten, daß die **b. p.** nur fingirtes Erbrecht, also auf die **hereditas** nicht übertragbar sei. Wir sprechen hier nur davon, wie man am Besten rein aus dem Wesen des Erbrechts die Rechtsmittel des vollkommen zu schützenden Erben wissenschaftlich construirt, und dabei ist es vollkommen einerlei, ob das Erbrecht ein fingirtes ist oder nicht. Was hier das Resultat der Wissenschaft ist, wird auch dadurch von selbst practisches Recht, falls nicht besondere Eigenheiten des positiven Rechtes, wie es die **pro herede usucapio** war, entgegenstehen.

Man kann an und für sich einen doppelten Weg gehen, um zu diesem wissenschaftlichen Resultat zu gelangen. Einestheils läßt sich sehr wohl sagen, daß Alles, was der Erbe als Befugniß seines Erbrechts geltend macht, in eine und dieselbe Klage zusammengestellt werden könne. Dann also wäre die **her. pet.** die wirklich ganz allgemeine Klage auf Anerkennung des Erbrechts; ihre eigentliche Grundlage ist stets der Beweis, daß man Erbe sei, und in ihr würde dann nicht bloß die Einforderung der **corpora hereditaria** (wobei noch der Besitz des des Erbl. **mortis tempore** als Beweispunkt hinzukommt), nicht bloß die obligatorischen Einzelklagen, sondern ebenso auch die dinglichen enthalten sein. Und in letzteren beiden Fällen steht denn neben dem Beweis des Erbrechts immer noch der Beweis des einzelnen dinglichen oder obligatorischen Rechtes, welches man geltend macht.

Faßte man die **her. pet.** in diesem weiten Umfang, so würden natürlich solche beschränkende Regeln, wie sie z. B. **fr. 19 §. 3 de her. pet.** enthält, daß zur **her. pet.** nur gehöre, was restituirt werden könne, — von selbst hinwegfallen.

Die Römer fassen nun in der That in gewisser Weise die **her. pet.** als eine Klage auf Geltendmachung des gesammten Erbrechtes auf; die juristische Grundlage ist bei ihnen nur: Anerkennung des Erbrechts, (**hereditatem meam esse**), und dies hat ja an und für sich eine so absolute Bedeutung [4a]), daß man glauben sollte, es könnten nun auch in Folge der Anerkennung dieses Erbrechts alle darin liegenden Befugnisse vom Bekl. mit der **her. pet.** durchgesetzt werden. Dennoch aber erscheint sie dann in Bezug auf den Gegenstand beschränkt. Nur was sich restituiren läßt, und Nichts worauf dem Erblasser schon eine dingliche Klage begründet war, liegt trotz jener allgemeinen Grundlage im Gebiet der **her. pet.** Alles Uebrige muß auch vom Erben mit Einzelklagen geltend gemacht werden, trotz dem daß hiebei ebenfalls die Voraussetzung ist, daß ihm neben dem besonderen Rechte, welches er einklagt, sein Erbrecht anerkannt werde [5]).

Es läßt sich aber ein genügender Grund anführen, daß die Römer trotz der allgemeinen juristischen Basis, auf der sie die **her. pet.** aufbauten, dieselbe doch nicht auf alle im Erbrecht liegenden Befugnisse ausdehnen konnten. Die **pro herede usucapio**, welche der ganzen Klage ihre eigenthümliche Gestalt gegeben hatte, wirkte hier auch noch fortwährend ein. Hadrian hatte die Berufung auf die **pro herede usucapio** dem **heres** gegenüber verboten, und man ließ dies auch ebenso von der **longi temporis praescriptio** gelten [5a]). Es bestand also der wichtige Unterschied zwischen den Einzelvindicationen und der

4a) Es ist oben schon bemerkt, daß diese ganz absolute Bedeutung besonders klar in der (von der eigentlichen **her. pet.** getrennten) **hereditatis petitio ex causa inofficiosi testamenti** hervortritt. §. 122. Note 9.

5) Ob man den Beweis des dinglichen oder obligatorischen Rechtes als Hauptbeweis, den des Erbrechtes als **legitimatio ad causam** auffaßt, oder umgekehrt, ist ja an und für sich ganz willkührlich.

5a) s. §. 124 Note 5. §. 125 Note 5 u. 9.

her. pet., daß jene, nicht aber diese durch Ersitzung ausgeschlossen werden konnten. Und so ist es auch noch heutzutage.

War und ist es daher nicht passend, die **her. pet.** auf alle Erbbefugnisse auszudehnen, so fragt sich nun umgekehrt, warum die Römer nicht den entgegengesetzten Weg einschlugen, und die **her. pet.**, um ihr eine natürliche Gestalt wiederzugeben, nach dem Vorbilde des **Int. quor. bon.** noch mehr einschränkten, also mit Ausschluß der **debitores defuncti** und allenfalls auch der **debitores hereditarii** im engern Sinne [5b]), sie lediglich auf die **corpora hereditaria** gerichtet sein ließen. Der Grund, weßhalb man die gegen die **debitores** gerichteten obligatorischen Klagen mit in die **her. pet.** hatte ziehen müssen [6]), war ja nur gewesen, daß der Gegner durch **pro her. us.** seine Schuld ersitzen konnte. Als nun Hadrian diese **pro her. us.** aufhob, war das freilich nur eine *relative* Aufhebung, d. h. der Besitzer sollte sich nur dem mit der **her. pet.** Klagenden gegenüber nicht darauf berufen können. Aber da Obligationen ja nichts als ein relatives Verhältniß zum Erben sind, so war doch damit die **pro her. us.** für die **debitores** völlig vernichtet, und daher kommt es, daß in der Justinianischen Compilation sich davon gar keine Spur findet. Nur Cicero hat uns die sichere Nachricht davon aufbewahrt (Bd. I. S. 47).

So war also ein practischer Grund nicht mehr vorhanden, der **her. pet.** die alte Ausdehnung zu lassen, man ließ es unverändert so, wie vieles Andere, weil man es einmal gewohnt war. Dies kann uns aber nicht hindern, den Schritt zu thun, welchen die Römer unterlassen haben, und die **debitores** überhaupt oder doch die **debitores defuncti** [7]) ganz aus der **her. pet.** zu streichen, oder wenigstens (denn sonst würde es auf einen Wortstreit hinauslaufen) die Sache selbst wohl im Auge zu behalten, daß die Erweiterung der **her. pet.** über die **pro herede** und **possessore** sowie die eigentlichen **juris possessores** [8]) hinaus, gar keine practische Bedeutung mehr hat.

5b) Bd. I. S. 310 ff.

6) fr. 13 §. 15 de her. pet.

7) Denn s. Bd. I. S. 317 Note 3.

8) fr. 13 §. 4—14 de her. pet.

Man ist vielleicht geneigt, hiergegen den oben schon bei einer anderen Gelegenheit erwähnten Einwand zu erheben, daß doch wenigstens dann noch ein practisches Interesse vorliege, wenn der Besitzer der **corpora hereditaria** zugleich **debitor** des Erblassers ist, ihn zugleich mit einer Klage auf Beides belangen zu können. Aber wenn das so wichtig wäre, warum sollte es denn nicht auch Bedürfniß sein, die Einzelvindicationen mit in die **her. pet.** hereinzuziehen, wenn der **pro her. u. pro poss. possessor** schon bei Lebzeiten des Erblassers Sachen von ihm in die Hände bekommen hatte? Gegen welches Bedürfniß, wenn es wirklich begründet wäre, auch nicht in Betracht käme, daß der Bekl. ein einziges Vertheidigungsmittel (nämlich die Berufung auf Ersitzung) nicht rücksichtlich der **corpora hereditaria** hat, während es allerdings für die schon vor dem Tode besessenen Sachen anwendbar ist.

Mir scheint dieser Punkt ziemlich einfach sich zu erledigen. Die Einforderung der **corpora her.** ist in Bezug auf die Beweispunkte, die Fragen, die hier unter den Parteien aufgeworfen werden können, und den hier eintretenden Charakter einer Universalklage, so wesentlich verschieden von der Geltendmachung einer dem Erblasser zuständigen Forderung, daß, wenn auch bei Beiden der Beweis des Erbrechts geliefert werden muß, das Eine und das Andere doch stets als innerlich verschiedene Klagen aufzufassen sind. Das erkennen die Römer vollkommen an, indem die Obligation stets auch als Einzelklage geltend gemacht werden konnte. Sie mußten sie nur um der **pro her. usuc.** willen mit in die eigentliche **her. pet.** hineinziehen, wovon denn aber die Folge war, daß dadurch die Obligation bisweilen ihre den Principien der **her. pet.** widersprechende Gestalt veränderte [9]).

Schon dies Letztere kann doch unmöglich heute noch angewandt werden, da, wenn Jemand zugleich eine Erbschaftsschuld und die **corpora her.** einklagt, der Richter in solchem Fall es doch stets als Klagencumulation aufzufassen, und danach auch auf Alles, was die Schuld mit sich bringt, zu condemniren hätte [10]).

Da nun aber außerdem die Obligation nicht mehr wegen

9) s. z. B. Bd. I. S. 314 Note 14.

10) Wir haben ja keine formulae mehr, und die Klagen brauchen nicht

der **pro her. usucapio** in die **her. pet.** hineingezogen zu werden braucht, so kommt dasselbe Verhältniß heraus, in dem auch überhaupt die Einzelvindicationen zur **her. pet.** stehen; d. h. wir lassen hier ganz unsere processualischen Grundsätze über objective Klagencumulation gelten. Es kann also allerdings, wenn es dem Richter passend scheint, und eine gute coordinirte Proceßführung im einzelnen Falle möglich ist, eine Obligation und die eigentliche **her. pet.** auf die **corp. her.** gegen denselben Beklagten zusammen in einem Proceß eingeklagt werden. Aber eine eben solche Verbindnng ist auch für eine Einzel-Vindication und die **her. pet.** denkbar und zulässig. Wo dagegen Verwirrungen im Proceßgange eintreten würden, kann der Richter in beiden Fällen eine Trennung in verschiedene Processe vorschreiben.

Darin liegt gerade, daß dem Wesen der Sache nach die Obligationen ganz wieder aus der **her. pet.** heraus, und in ihr Bestehen als Einzelklagen zurückgetreten sind, weil kein inneres juristisches Band mehr besteht, welches sie, im Gegensatz zu den Vindicationen, mit der **her. pet.** verknüpft. So brauchen wir denn aber auch dem Buchstaben nach nicht mehr fortbestehen zu lassen, was dem inneren Wesen nach schon gar nicht mehr vorhanden ist.

§. 148. Es bleibt uns nur noch eine Frage übrig, mit der wir den Beschluß dieses Buches zu machen haben.

Für die frühere Zeit steht es freilich nach der Ansicht Aller fest, daß, wer das **Int. quor. bon.** in Anspruch nehmen wolle, vorher die Agnition in gehöriger Frist nicht versäumt haben dürfe. Indeß könne dies **beneficium** nicht bloß der zur **successio ex jure Praetorio** Gerufene, sondern auch jeder **heres** benutzen, sobald er nur nach den Prätorischen Agnitionsregeln die Erbschaft antrete. — Während man dies allgemein anerkennt, wird dagegen für die spätere Kaiserzeit meistens auch noch heutzutage die Ansicht ver-

---

mehr besonders benannt zu werden. Der Kläger kann also immer sagen, er habe zwei verschiedene Klagen, die eigentliche **her. pet.** und die Einzelklage mit einander cumulirt.

theidigt [1]), daß die Voraussetzung der Agnition für das **Int. quor. bon.** aufgehoben, und jeder **heres** auch bloß in Folge der **her. aditio** dazu berechtigt sei.

Von vorn herein weiß ich nicht recht, wie man sich diese meist sehr kurz ausgesprochene Ansicht eigentlich denkt. Das Interdict war bis zu der fraglichen Umänderung ein besonderes **beneficium** der **b. p.**, welches dem durch Prätorisches Recht Berufenen stets auch zustand, wenn er seine **successio** durch Agnition angetreten hatte, während der vom Civilrecht Berufene, der seine **successio** durch **her. aditio** antrat, noch zur Erlangung jenes **beneficium** der Agnition bedurfte. Indem also von der einen Seite dem Prätorischen Erben eine größere Formalität als dem Civilerben zur Erlangung der **successionis vindicatio** oblag, so war die Sache auch wieder für den Prätorischen Erben darin einfacher, daß er durch dieselbe Handlung zugleich den petitorischen und possessorischen Klagenschutz erhielt, während der Civilerbe außer der **her. aditio**, aus der nur die **successionis vindicatio** folgte, um des Interdictes willen dann noch sich der Agnition unterziehen mußte. Jedenfalls standen Beide, Prätorische und Civilerben, darin vollkommen gleich, daß, wenn sie beide Klagen haben wollten, sie **b. p.** agnosciren mußten, und in dieser Agnition lag dann für den Prätorischen ebensogut die Annahme des definitiven Erbrechts, wie sie für den Civilerben als **pro herede gestio** erschien [2]).

Die angeführten Schriftsteller scheinen nun zu sagen, daß später dem **heres** auch bloß in Folge der **her. aditio** das Interdict zustand, worin denn also liegt, daß der Prätorische Erbe fortan noch immer, sowohl zur Erlangung der **successionis vindicatio** als des Interdictes, die Agnition vornehmen mußte.

---

1) s. v. Löhr's Uebersicht der Constitutionen Heft 1. S. 82. Dessen Magazin III. S. 337. Mayer Erbrecht I. S. 417. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon II. S. 313.

2) Der Unterschied zwischen Beiden, daß nämlich der Prätorische durch Unterlassung der Agnition auch die successionis vindicatio d. h. überhaupt sein Erbrecht verscherzt, während der Civilerbe hiefür noch die her. aditio übrig hat, kommt für unsere Frage, bei der es sich nur um die Bedingungen des Int. quor. bon. handelt, gar nicht in Betracht.

Dies erscheint aber offenbar als eine höchst merkwürdige Rechtsänderung, die sich dem Charakter der späteren Kaiserzeit gar nicht anpassen will. Es war doch nach und nach auch in Beziehung auf die Antretungsform eine immer größere Ausgleichung zwischen beiden Systemen eingetreten. Die Unterschiede, die noch bestanden, waren Ueberreste aus früherer Zeit, die man nicht alle tilgen wollte, aber neue Unterschiede zu schaffen, darauf konnte man doch unmöglich kommen. Rücksichtlich des Interdictes hatten sich Prätorische und Civilerben bisher gleichgestanden; es bedurfte für Beide der Agnition. Und nun soll die Scheidewand, statt sie immer geringer zu machen, wie es im Geist der Zeit lag, gerade umgekehrt vergrößert worden sein? Das Interdict war von Alters her als ein besonderes **beneficium** der **b. p.** betrachtet worden, der **heres** hatte es nur, wenn er sich den beschränkenden prätorischen Antretungsregeln unterzog. Und nun soll das Verhältniß geradezu umgeworfen sein, der **heres** braucht sich um die Agnition nicht mehr zu kümmern, der Prätorische Erbe aber, dem doch das Prätorische **beneficium** vorzugsweise zu gönnen ist, soll noch fernerhin den Beschränkungen unterworfen sein, von denen der nicht-Prätorische Erbe befreit ist? Es leuchtet ein, daß die Kaisergesetzgebung hier eine sehr sonderbare Bestimmung getroffen haben würde.

Eher scheint es schon denkbar, daß nun auch zugleich mit dem **heres** der **b. possessor** der Agnitionspflicht überhoben worden sei [3]). Aber hier begegnen uns neue Schwierigkeiten. Wenn der Prätorische Erbe um des Interdicts willen der Agnition nicht mehr bedarf, wie sonderbar, daß dieselbe dann noch um der **successionis vindicatio** willen bestehen geblieben wäre, daß er in Bezug auf das possessorische Rechtsmittel dem **heres** gleichgestellt, rücksichtlich des petitorischen aber noch von ihm unterschieden worden wäre! Wollen wir aber auch dies fallen lassen, wollen wir sagen, die Agnition sei, wie für den **heres**, so auch allgemein für den Prätorischen Erben aufgehoben, so

3) So könnte man Heimbachs Worte verstehen: „jedem **heres** (so nannte man ja schon zu Diocletians Zeit die Prätorischen Erben) sei, auch wenn er nicht die b. p. agnoscirt habe, die Befugniß ertheilt worden, das Interdict zu gebrauchen.“

kommen wir wieder auf das zurück, wovon schon im §. 139 die Rede war. Eine völlige Hinwegräumung der Agnition läßt sich in den Kaisergesetzen vor Justinian gar nicht finden, und es behaupten auch jene Schriftsteller nicht, daß die Stellen, wonach das Interdict dem **heres** ohne Agnition zustehen soll, eine allgemeine Aufhebung der Agnition enthielten. Vielmehr wird die letztere auf jenes noch spätere Gesetz von Valentinian gestützt, von dem oben die Rede war.

Wir müssen also doch wieder dazu zurückkehren, daß, so unwahrscheinlich dies auch gleich in Voraus scheint, die Agnition nur für den **heres**, nicht für den prätorischen Erben als Voraussetzung des Interdicts aufgehoben sein soll. Es müßte, je unwahrscheinlicher es ist, sich deßhalb um so unzweideutiger aus den Quellen ersehen lassen, und wir haben also zu prüfen, welche Quellen-Grundlage wir hier vor uns haben. In früheren Jahrhunderten hat man sich stets auf **l. 1 C. quor. bon.** berufen, wodurch dem **heres** das Interdict auch ohne Agnition zugestanden worden sei [4]). Diese Stelle, vom Jahr 197, ist nun aber noch ganz aus der Zeit der klassischen Juristen, und so hat man denn neuerdings eingesehen, daß sie durchaus nichts beweisen kann, da ja über das Recht dieser früheren Zeit durchaus kein Zweifel ist. Als Ueberrest ist aber noch die Vermuthung bestehen geblieben, daß hier eine Interpolation der Justinianeischen Compilatoren vorliege [5]). Wir werden nachher sehen, daß diese hier gar nicht einmal denkbar ist, und es läßt sich die Stelle auch in der That mit dem Rechte der klassischen Juristen vollkommen in Einklang bringen [6]).

Man hat deßhalb eine andere Constitution als Beweismittel substituirt, und dies ist die im §. 146 mitgetheilte **l. un. Th. C. quor. bon.** Ich muß aber gestehen, daß mir damit gar nichts bewiesen zu sein scheint. Sie spricht, wie oben erörtert worden ist, von der Unzulässigkeit der Eigenthumsbehauptungen, und beginnt um dies einzuleiten mit dem Ausruf: **Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur,**

4) Das Weitere hierüber folgt im fünften Buch.

5) Mayer und Heimbach a. a. O.

6) Bd. I. S. 389 ff. — s. auch v. Löhr Archiv f. civ. Prax. XII. S. 99. Note 52.

quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? In diesen Enunciativworten soll nun liegen, daß die **heredes** auch ohne Agnition der **b. p.** das Interdict hätten [7]). Aber diese Worte sind ja nur die Einleitung zu einer Bestimmung, welche für unsere Frage gar keine Bedeutung hat. Das, was man aus ihnen beweisen will, steht gar nicht darin, man muß es erst hineinlegen: Man muß unter **heredes** lediglich den Civilerben verstehen, aber wenn auch in der Stelle zufällig von **consanguinei** die Rede ist, so folgt daraus noch keineswegs die Nothwendigkeit dieser engeren Bedeutung, da man damals unter **heres** jeden definitiven Erben verstand. Man muß ferner gerade voraussetzen, daß dieser Civilerbe das Interdict ohne Agnition haben solle, wovon die Kaiser gar nichts sagen, und was doch, da es eben hiedurch eingeführt sein soll, wahrlich bemerkt werden mußte. Und das Alles soll beiläufig bei einer Stelle vorausgesetzt werden können, die von ganz etwas Anderem spricht? Es ist doch so natürlich, daß der Kaiser hier die Agnition gar nicht erwähnt; er hat die Absicht von den Eigenthumsbehauptungen des Beklagten zu reden, wie sollte er darauf kommen, nach Analogie eines Lehrbuchs aufzuzählen, welche Erfordernisse für den Kläger vorhanden sein müßten, damit er auch wirklich das Interdict anzustellen vermöge [8]). Wie können wir verlangen, daß, wenn er die Agnition noch bestehen lassen wollte, er hier ausdrücklich hätte einschärfen müssen: „der **heres** muß übrigens agnoscirt haben", und wie können wir also aus seinem Stillschweigen schließen, er habe das aufheben wollen, wovon er nicht spricht?

Die ganze Art, wie die Stelle fragend beginnt, zeigt, daß hier nicht bloß an Civilerben gedacht sein kann. Es soll bloß der

---

7) v. Löhr Uebersicht der Const. H. I. S. 82 sagt darüber: „das Interd. quor. bon. soll auch der heres, und diejenigen, welchen der Kaiser bona caduca oder vacantia geschenkt hat, anstellen können." Ich weiß nicht, ob mit den gesperrt gedruckten Worten auf eine andere in der Note nicht citirte Stelle gedeutet ist. Ich habe Nichts derartiges auffinden können.

8) Es hätte dann ebensogut auch z. B. gesagt werden müssen, daß ein scriptus heres nicht in bona mittirt sein dürfe.

Sinn ausgedrückt werden, daß es natürlich ſei, dem Erben, ohne ungehörige Widerreden des Beklagten, den Beſitz der Sachen zu verſchaffen. Und dieſer Satz gilt nicht bloß für Civilerben, ſondern ebenſogut auch für die, welche ſich auf **successio ex jure Praetorio** ſtützen. Wir können alſo in den fraglichen Worten nichts Anderes finden, als die Anſchauung der damaligen Zeit, wonach, ſeitdem man ſagte, das Interdict gehe nicht mehr gegen den **heres**, man nothwenwendig umgekehrt ſagen mußte, es ſei ein Rechtsmittel des **heres** (§. 144. Note 7).

Am Beſten hätte man ſich noch für die hier beſtrittene Anſicht auf ein anderes Geſetz derſelben Kaiſer (Arkadius und Honorius) berufen können, was aber bisher nicht geſchehen iſt. In l. 9 Th. C. **de infirmandis his, quae sub tyrannis** (XV. 14) wird im Einzelnen durchgegangen, welche in den **tyrannicis temporibus** vorgenommene Rechtshandlungen Gültigkeit haben ſollen. Darunter kommt auch vor:

> **Bonorum amissa possessio, et affectus adeundae hereditatis obtineat, et interdicti beneficium non amittat.**

Zuerſt ſcheint mir ſehr nahe zu liegen, daß, wie auch ſchon früher vermuthet worden, ſtatt **amissa: admissa** zu leſen iſt [9]). Die Kaiſer unterſcheiden nun offenbar die prätoriſche und civile Erbantretung; Beide ſollen, wenn auch während der Uſurpation vorgenommen, Gültigkeit haben (**obtineat**), und der Zuſatz läßt ſich nun allerdings in dem Sinne verſtehen: „und alſo ſoll das **beneficium** des Interdictes Keinem von Beiden verloren ſein.“ Dann läge darin, daß auch, wer bloß die **her. aditio** vorgenommen hat, zum Interdict berechtigt ſei.

Aber die Stelle beweiſt doch nichts, denn ſie iſt drei Monate früher als die **l. un. Th. C. quor. bon.**, und das wäre ja das allein denkbare Geſetz, woraus ſie erklärt werden müßte.

---

9) So nimmt es auch Hollweg Handbuch des Civilproc. I. S. 395 Note 30. Die Rechtfertigung des **amissa** in Hänels Ausgabe des **Th. C.** ſcheint mir zu künſtlich. Die Corruption iſt ja ſo erklärlich wegen des nachfolgenden **amittat**, und wenn in der Zeit der Uſurpation der **b. p.** nicht agnoscirt werden konnte, ſo läßt ſich gar nicht von einer **amissa b. p.** ſprechen, weil die Agnitionsfriſten **utile tempus** ſind.

Von einem noch früheren Gesetze, worin die Agnition für den heres aufgehoben sein sollte, ist nicht die geringste Spur, und ein solches voraussetzen, würde ganz ungerechtfertigte Willkühr sein. Ueberhaupt steht aber jener angegebenen Interpretation, obgleich sie an und für sich möglich ist, eine andere als ganz gleichberechtigt gegenüber, wonach das et interdicti etc. nicht als eine Folgerung aus dem Bisherigen, sondern als ein selbständig daran geknüpfter Satz genommen wird. Die Kaiser sagen: wer eine prätorische oder civile Erbantretung vorgenommen hat, der soll sich darauf berufen dürfen, und wer das beneficium des Interdicts erworben hat, der soll es nicht verlieren. Hiebei noch auseinanderzusetzen, daß übrigens dies beneficium nur in Folge der Agnition dem heres erworben werde, darauf konnten die Kaiser, bei der kurzen Anreihung der einzelnen Sätze in der ganzen Stelle, nicht wohl kommen. —

Wir dürfen hiernach wohl den Schluß ziehen, daß in den Quellen sich gar keine Beweise für die fragliche Rechtsänderung finden. Und da sie nun schon in sich selbst für die damalige Zeit völlig unwahrscheinlich ist, so können wir das bisherige Recht unbedenklich auch als fortbestehend annehmen. Es kommt aber noch folgender Grund hinzu, der, wenn auch das Gesagte schon genügen würde, doch noch eine wichtige Bestärkung gewährt. In Justinians Compilation findet sich die Agnition entschieden als das absolute Erforderniß zur Anstellung des Interdictes [10]). Alles nun, was wir oben schon in anderer Beziehung gesagt haben, findet auch hier seinen Platz. (§. 139 zu Note 9). Justinian beruft sich in den Punkten der Agnition ganz auf das Recht seiner Vorfahren; was wir daher in seiner Compilation finden, kann nicht durch die Gesetzgebung der anteriores principes gerade umgekehrt aufgehoben worden sein.

Ebensogut also wie wir oben es verwerfen mußten, daß die Agnition allgemein aufgehoben worden sei, so müssen wir hier ihre partielle Aufhebung für den heres läugnen. Der Rechtszustand blieb bis Justinian unverändert so, wie er im

10) Auch v. Löhr giebt dies zu. Archiv XII. S. 99. — Ebendeßhalb ist es aber auch unmöglich, daß in jene l. 1 C. quor. bon. Etwas durch Interpolation hätte eingefügt werden können, was geradezu gegen Justinians Willen ist (s. oben Note 5).

Anfang dieses §. geschildert worden ist; womit aber freilich nicht gesagt werden soll, daß er nicht sehr wohl einer Verbesserung bedurfte. Wie dieser Gegenstand in der Westgothischen Compilation behandelt worden ist, haben wir schon kennen lernen, wie er sich aber in der Justinianeischen gestaltet habe, das muß nun in dem folgenden Buche der Gegenstand unserer Betrachtung werden.

Digitized by Google

Viertes Buch.

Die bonorum possessio in der Justinianeischen Compilation.

Erſtes Kapitel.

Die allgemeinen Grundſätze.

§. 149. Aus den Zeiten einer wenig überlegten und bewußten Rechtsfortbildung gehen wir jetzt zu dem Rechtsbuche über, in dem das Material des Römiſchen Rechts zuſammengeordnet wurde, um in einer für den damaligen Rechtszuſtand handlicheren Form den Bedürfniſſen der Praxis genügen zu können. Viele Lehren ſind dabei auch innerlich von Juſtinian weſentlich umgeſtaltet worden, es waren manche Ueberreſte früherer jetzt nicht mehr paſſender Inſtitute auszumerzen, manche bisher von einander getrennte Lehren zuſammenzuſchmelzen, und es kann nicht geläugnet werden, daß die Juſtinianeiſchen Arbeiter dabei im Durchſchnitt ein richtiger Takt geleitet hat. Die Verſchmelzung des quiritiſchen Eigenthums und des **in bonis**, der Legate und Fideicommiſſe, der **usucapio** und **longi temporis praescriptio** kann man nicht anders als paſſend nennen.

Es iſt bekannt, daß die **hereditas** und **bonorum possessio**, die doch nach den Entwickelungen des vorigen Buches ſchon ſehr nahe bei einanderſtanden, eine ſolche von Juſtinian klar ausgeſprochene Zuſammenſchmelzung, wie ſie jenen Lehren zu Theil ward, nicht erfahren haben. Eine z. B. der **l. un. C. de usucap. transform.** ähnliche Conſtitution ſuchen wir vergebens, und daß ſie uns verloren gegangen ſei, daran iſt nicht zu denken. Es nützt auch nicht viel, nach Gründen zu

suchen, weßhalb Justinian die so nahe liegende völlige Verschmelzung beider Institute nicht deutlich proclamirt hat. Sei die Eilfertigkeit der Compilation, oder das Zurückschreckende der dadurch nöthig gemachten Interpolationen, oder endlich absichtliches aber nicht zu lobendes Festhalten am Alten daran Schuld, genug es ist nicht geschehen, was freilich hätte geschehen können.

Für die Lehre von der **bonorum possessio** in ihrem Gegensatz zur **hereditas** ist also in den Justinianeischen Rechtsbüchern die Compilation der bisherigen Quellen durchaus das vorherrschende Element; das eigene Eingreifen des Kaisers durch ausdrücklich erklärte Veränderungen erscheint dagegen als sehr unbedeutend. Wir sind dadurch in die Möglichkeit versetzt, bei weitem klarer als in vielen anderen Lehren uns die Rechtszustände der früheren Zeiten zur Anschauung zu bringen, aber wir sind auch ganz besonders hiezu verpflichtet, um für die Frage, was Justinian mit dem ganzen System der **bonorum possessio** zu seiner Zeit wollte und wollen konnte, sichere Antworten zu gewinnen. Von ganz besonderer Wichtigkeit ist uns vorzugsweise der Rechtszustand der vorhergehenden Kaiserzeit, denn da Justinian hauptsächlich nur die bisherigen Quellen sammelt, so muß er doch offenbar sich unmittelbar an das bisherige Recht haben anschließen wollen, und so habe ich es denn für unerläßlich gehalten, diese vorhergehende Kaiserzeit so genau als möglich zu untersuchen. Wir werden sehen, daß dadurch der Zustand der Justinianeischen Compilation in vielen Punkten sehr leicht und mit wenig Worten erklärt werden kann.

Indessen ist bei dieser Gestalt, welche unsere Lehre im **Corpus Juris** uns darbietet, bei der vorherrschend hervortretenden Sammlung des bisherigen Rechtes dennoch eine doppelte Möglichkeit des von Justinian Gewollten vorhanden. Er kann in der That ganz bei dem schon in der Kaiserzeit vorhandenen Rechte haben stehen bleiben wollen, nur mit den geringen Aenderungen, über die er sich ausdrücklich ausspricht. Er kann doch aber auch noch etwas ganz Anderes beabsichtigt haben. Es handelt sich hier um das System der **b. p.** als ein in sich zusammenhängendes geschlossenes und der **hereditas** gegenüberstehendes Ganzes. Das ist es, so sehr es sich auch der **hereditas** genähert hat, vor Justinian noch immer geblieben. Nun ist es

möglich, daß Justinian dieses geschlossene System der **b. p.** hat lösen wollen, daß er es für unnöthig hielt darüber eine eigene Constitution zu erlassen, und vielmehr durch Zusammenstellung einzelner Theile der **b. p.** mit den gleichartigen Lehren der **hereditas**, durch Titelüberschriften, durch Auslassungen, und durch die Worte der alten Juristen, die er offenbar in einem anderen Sinn genommen wissen wollte, seine Absichten über die Bedeutung der **b. p.** genügend verständlich gemacht zu haben meinte, ohne noch besonders das Wort darüber ergreifen zu brauchen.

Welche von diesen beiden möglichen Annahmen die richtige ist, haben wir nun im Einzelnen zu prüfen, aber es wird schon aus dem Gesagten einleuchten, auf wie schwankendem unsicheren Boden wir bei der ganzen Untersuchung stehen. Da wir so wenig Justinians eigene Worte zu interpretiren haben, und dennoch seinen Willen uns reconstruiren wollen, so sind jene Mittel, die wir dazu benutzen müssen, die Anordnungen der Lehren, die Weglassungen u. s. w. sehr schwache Haltpunkte, die einer Reihe von Zweifeln ungehinderten Spielraum lassen. Vielfach hat man allerdings Gründe, zu meinen, Justinian sei von dem bisherigen Rechte abgegangen, und dann stehen doch wieder solche Argumente entgegen, daß man kaum die Möglichkeit einer einfachen Lösung sieht, und leicht versucht werden kann, mit der Annahme sich zu beruhigen, Justinians Arbeiter hätten hier wohl selbst in Widersprüchen sich gedreht, und seien zu einer klaren Ansicht über die Stellung der **bonor. poss.**, der **hereditas** gegenüber, gar nicht durchgedrungen. Ein Resultat, das, wenn auch möglich, doch das am Wenigsten wünschenswerthe wäre, dem man, so lange als man irgend kann, sich gerne zu entwinden strebt. Es ist daher kein Theil des vorliegenden Werks, in dem ich über die zu fassenden Ansichten mehr und länger gezweifelt hätte, und es ist nur das dabei erfreulich, daß, was in diesem Buche etwa noch Schwankendes zurückbleibt, jedenfalls durch die Rechtsentwickelungen, auf die wir in dem folgenden Buche einzugehen haben, ausgeglichen und sicher gestellt wird. —

Ich muß aber gleich hier im Eingange hervorheben, daß wir zur Feststellung des Justinianeischen Rechtes allerdings mehr

Hülfsquellen besitzen, als man bei diesen überhaupt sehr vernachlässigten Fragen bisher benutzt hat. Einestheils ist es unsere Pflicht, nicht bloß aus den Theilen des **Corpus Juris** zu schöpfen, in welchem Justinian die Sammlung des bisherigen Rechtes unternahm, also aus Institutionen, Digesten und Coder. Wir müssen damit zusammenhalten, wie Justinian, nachdem er in diesen drei Werken die früheren Rechtsquellen zusammengeordnet hat, dann in der Gesammtheit der Novellen die Grund-Begriffe des Erbrechts uns vor Augen führt. Die Novellen sind für uns nicht bloß in der Weise wichtig, daß wir daraus einzelne Abänderungen der früheren Rechtsbücher erkennen, sondern ebensosehr in dem, was sie gerade umgekehrt nicht ändern wollen, da offenbar, was Justinian hier als feststehend voraussetzt, in den vorangegangenen Rechtsbüchern seinen Grund haben muß. So werden uns, da in letzteren gerade Justinians eigene Worte uns so sehr mangeln, die Novellen ein wichtiges Hülfsmittel sein, um den Sinn zu ermitteln, in welchem er die **bon. poss.** den Pandekten und dem Coder einverleibte. Ein anderes nicht zu verschmähendes Hülfsmittel zu einer lebendigen Anschauung des Justinianeischen Rechtes sind nicht so sehr die Basiliken, als vielmehr die Basilikenscholiasten. Ich bin weit entfernt, denselben ein übermäßiges Gewicht beilegen zu wollen, aber Folgendes wird doch der Unparteiische mir nicht abläugnen. Ich spreche hier nicht von der Bedeutung, welche sie für die Textes-Critik des **Corpus Juris** haben, sondern von ihren Expositionen über das damalige practische Recht. Diese beweisen nun freilich nicht direct Justinians eigene Absicht, aber sie haben doch wahrlich einen bedeutenderen Werth, als die Ansicht irgend eines anderen, den Justinianeischen Zeiten fern stehenden Interpreten. Es sind hier hauptsächlich vier Namen zu nennen, die in der Folge öfter werden erwähnt werden. Thaleläus und sein Commentar über den Coder steht Justinian am nächsten, Theodorus Hermopolitanus, dessen Coder-Commentar und Breviarium der Novellen beide für uns von Wichtigkeit sind, lebte wenigstens noch in demselben sechsten Jahrhundert, in dessen Mitte Justinians Regierung fällt. Stephanus, dessen weitläufigen Pandektencommentar wir noch in vielen einzelnen Scholien wiedererkennen, war

der unmittelbare Schüler der Justinianeischen Juristen, und scheint durch diese sogar einzelne, wenn auch dürftige, aber mit andern ganz sicheren Nachrichten auffallend übereinstimmende Notizen vom vorjustinianeischen Rechte erhalten zu haben [1]). Der Anonymus endlich, dessen Pandektencommentar und dessen Buch *περὶ ἐναντιοφανιῶν* für uns in Betracht kommen, ist freilich später als Stephanus, aber seine vielfachen Zusammenstellungen des scheinbar sich Widersprechenden zeigen doch, daß er nicht fremd im Verständniß des **Corpus juris** war. Bei allen diesen Scholiasten läßt sich aus den Parallelstellen, die sie anführen, eine recht tüchtige Belesenheit in den Quellen wahrnehmen, und ich muß gestehen, daß ihre Expositionen, wenn gleich sie freilich von einer geistvollen und wahrhaft wissenschaftlichen Behandlung des Rechts unendlich weit entfernt sind, dennoch auf mich den Eindruck eines viel gesunderen Sinnes gemacht haben, als eine große Zahl breiter und ganz verdrehter Darstellungen, welche von geachteten Namen des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts zu Tage gefördert wurden. Vergessen wir aber namentlich rücksichtlich der Bedeutung dieser Scholiasten Folgendes nicht. Wenn wir eigene Gesetze Justinians vor uns haben, die wir selbst nach ihrem wahren Sinne interpretiren können, so müssen dagegen freilich die Erklärungen der Scholiasten weit mehr zurücktreten. Wo solche aber, wie in der **b. p.**, fehlen, und es sich hauptsächlich nur darum handelt, in welchem Sinne Justinian das bisherige Recht recipirt habe, da tritt es mit viel mehr Bedeutung hervor, wenn wir wissen, wie die gleich folgende Zeit das Institut aufgefaßt hat. Gerade weil wir den Gesetzgeber nicht unmittelbar thätig durch Erlassung von Gesetzen eingreifen sehen, so liegt doch die Annahme

1) Es ist oben §. 79 Note 7 schon eine solche Stelle eines Scholiums, das wir wohl dem Stephanus zuschreiben dürfen, mitgetheilt worden. Eine andere ganz unläugbar richtige Erklärung der alten **b. p. sine re** wird in der Folge vorkommen. Ferner ist auch wohl die Erzählung über die Veranlassung des sg. **SC. Juventianum** (ad Bas. XLII. I. l. 20. Heimb. IV. p. 209) keine aus der Luft gegriffene, und aus Justinianischen Quellen ist sie doch, so viel ich weiß, nicht zu entnehmen. Zachariä von Lingenthal (Richtersche Jahrb. XI. Bd. 1842 S. 485) spricht dem Stephanus alle Kenntniß des vorjustinianeischen Rechtes ab.

am Nächsten, daß er mit den Ansichten seiner Zeit, (also namentlich der damaligen Juristen) übereingestimmt haben werde, und in diesen Ansichten kann wahrlich bis zu den Scholiasten, die wir besitzen, noch keine große Veränderung eingetreten sein. So werden wir denn in vielen einzelnen Punkten es bestätigt finden, daß das, was sie sagen, ganz offenbar Justinians eigene Absicht war, und dies berechtigt uns auch in anderen Punkten, wo Justinians Wille nicht so klar zu ersehen ist, ihnen zu trauen. Freilich dürfen wir dabei die vorsichtige Prüfung nie außer Augen setzen, wir dürfen nie den Scholiasten folgen, wo die Justinianeische Compilation Gegengründe an die Hand giebt, und so werden wir auch namentlich in einem wichtigen Punkte wo wir fester, als in anderen, auf Justinians eigene Worte fußen können, die Ansicht der Scholiasten für späteren Irrthum erklären müssen.

Nach diesen Vorbemerkungen über die Grundsätze, nach denen sich unsere Untersuchung zu richten hat, möge hier nur kurz die Anordnung des Folgenden angedeutet werden. Ich stelle in diesem ersten Kapitel die allgemeinen Principien, nach denen die **bon. possessio** in der Justinianeischen Compilation behandelt worden ist, zusammen. Es wird dabei stets das, was die Compilation uns darbietet, mit den Resultaten der vorhergehenden Kaiserzeit zusammengehalten, und daraus erklärt werden; und es soll dann immer auch eine Vergleichung mit den Ansichten der Scholiasten und die Untersuchung, ob sie mit dem vermuthlichen Willen Justinians übereinstimmen oder nicht, ihren Platz finden. In dem zweiten Kapitel haben wir genauer auf die Reception der einzelnen Theile der **b. p.** einzugehen.

I. Begriff der bonor. poss. unter Justinian.

§. 150. Es bedarf wohl keiner weitläuftigen Beweisführung, daß Justinian durchaus an dem Begriff der **bon. poss.** festhält, wie er sich in der Kaiserzeit entwickelt hatte, d. h. das Prätorische Recht ist ebenso wie das Civilerbrecht eine definitive Universalsuccession. Die Bedeutung des Fingirten in der **b. p.** hatte sich ganz verloren, es war ebenso directes Erbrecht

geworden wie das Civilrecht, nur daß Beide noch verschiedenen Regeln der Delation und Acquisition unterworfen waren, und deßhalb trotz der Gleichheit des Begriffs nichts desto weniger nicht zusammenfielen. In der klassischen Juristenzeit war in der That zwischen **hereditas** und **bonorum possessio** der Unterschied, wie es die Worte Erbe und Besitzer des Erbrechts mit sich führen. Zu Justinians Zeit ist zwischen Beiden kein anderer Unterschied, als es die Worte Civil- und Prätorischer Erbe anzeigen. Die Bezeichnung Erbe, und alle darin liegenden Befugnisse der definitiven Universalsuccession, gelten für Beide ganz gleichmäßig. Beide erhalten das wahre **dominium** an den Erbschaftssachen, treten mit ganz gleichen Rechten und Pflichten in die **activa** und **passiva** der Erbschaft ein. Vom Justinianeischen Standpunkte aus ist daher **fr. 1 de b. p.** ganz wortgetreu zu nehmen: **bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta.** Dies **tribuere** ist nicht bloß ein Verleihen zur Ausübung, sondern eine Verleihung des vollen Rechtes, und so haben wir die Worte des **fr. 2 eod: in omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur** ganz in dem Sinne zu nehmen: „die Berechtigungen derer, welche die **hereditas** und die **bon. possessio** erworben haben, stehen sich völlig gleich".

So stellen es denn auch die Basilikenscholiasten dar. Sie nennen den **bonorum possessor**: *πραιτώριος διάδοχος;* und *διαδοχὴ* hat gerade jenen Mittelsinn, wie das Lateinische: **successio**, welches im Sinn von definitiver Universalsuccession die **hereditas** (*κληρονομία*) und **bonorum possessio** (*διακατοχὴ*) in sich faßt. Die Scholiasten berufen sich insbesondere, um zu beweisen, daß **hereditas** und **bonorum possessio** auf ganz gleicher Stufe stehen, auf jene bekannten Stellen in den beiden letzten Pandektentiteln (**fr. 119. 138. 170. 178 § 1. 208. de verb. sign. fr. 117 de regul. jur.**), sie drücken sich so aus: der **bonorum possessor** sei eigentlich kein **heres** (d. h. kein Civilerbe), aber in anderen Stellen werde doch die **bonorum possessio** auch wirklich **hereditas** genannt. Und darin

liegt denn die stillschweigende Folgerung, daß beide in Beziehung auf die Berechtigung sich völlig gleich stehen [1]).

II. Ausmerzung der bon. poss. sine re.

§. 151. Da schon in der Kaiserzeit die b. p. sine re ganz hinweggefallen war, so verstand es sich von selbst, daß bei der Compilation der klassischen Juristen in den Pandekten die Spur derselben ganz verwischt werden mußte. Ich glaube nach den Beweisführungen des vorigen Buches mich hier nicht weiter darauf einlassen zu brauchen, daß nicht erst Justinian durch diese Exstirpirung der b. p. sine re dieselbe aus dem praktischen Leben getilgt hat [1]), sondern daß er nur aus den praktisch anwendbaren Rechtsquellen das strich, was schon Jahrhun-

1) Ich werde in der Folge, wo die Griechischen Worte nicht von besonderem Interesse sind, die Basilkenscholiasten in der Heimbachschen Lateinischen Uebersetzung mittheilen. Man sehe: Schol. ad Basil. XL. 1. l. 2 (Heimb. IV. p. 50): Praetorius enim successor non dicitur esse ex heredibus, ut in textu tit. 9 lib. 3 Institutionum. In cap. autem 138 et 170 tit. 16 lib. 50 etiam bon. poss. hereditatem appellat. Similiter autem his, quae hic posita sunt, dig. 116 tit. 17. tit. 50 — Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 11. (Heimb. IV. p. 193.): Anonymus. Bonorum possessor est praetorius successor, hoc est, qui bon. poss. petit. Nam vice heredis est, ut lib. 37 tit. 1. dig. 2. Proprie heres tantum est, qui ex lege XII. tabularum vel constitutione vel Scto vocatur. Qui autem a Praetore vocatur, bonorum possessor dicitur, ut in textu tit. 9. lib. 3. Institutionum. — Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 20 (Heimb. IV. p. 210). Stephanus (?). bonorum possessores, id est, praetorios successores. — Schol. ad B. XLII. 1. l. 50. (H. IV. p. 233.) Anonymus. Tam bonorum possessionis quam hereditatis nomen juris est, ut lib. 37. tit. 1. dig. 3. et lib. 50. tit 16. dig. 119. 178 them. 2. (muß heißen 1.) et dig. 208. — Schol. ad B. XLII. 3. l. 2. (H. IV. p. 252.) *Κληρονόμος ἐστὶν ὁ κατὰ τὸν δυωδεκάδελτον, ἢ ἕτερόν τινα νόμον, ἢ τὰς διατάξεις· βονόρουμ ποσσέσσωρ ὁ κατὰ τὸν πραίτωρα.* Es fehlt hier ganz das Substantiv, das aber offenbar für Beide dasselbe, nämlich *διάδοχος*, sein soll. — Corrupt ist wohl Schol. ad B. XLV. 1. l. 14. (H. IV. p. 475.) *καὶ ἡ διακατοχὴ* (Heimbach setzt mit Recht statt dessen *διαδοχὴ*) *γὰρ αὐτοῦ κληρονομία εἶναι πιστεύεται.*

1) So nimmt es Hugo R. G. S. 607. u. 1128, und so wird es auch wohl die Mehrzahl der heutigen Schriftsteller meinen, obgleich von

derte lang, als ein veraltetes Institut, in den Schriften der Römischen Juristen ein überflüssiger Gegenstand war. Wir haben hier nur noch zu erwähnen, was trotz der beabsichtigten Streichung dieser Lehre, die, als sie noch galt, die ganze **b. p.** zu einem so wesentlich andern Institute machte, wie sie später war, dennoch als ein übersehener Ueberrest derselben in der Justinianeischen Compilation sich noch vorfindet. Daß man in den Pandekten Ausdrücke stehen ließ, die auf die **b. p. cum re** deuten, kann uns freilich nicht wundern, und noch weniger für ein Versehen erklärt werden, denn was man früher **b. p. cum re** nannte, war ja eben der noch gültige Theil der **b. p.**, und so stört es nicht im Mindesten, wenn wir in einzelnen Stellen die Ausdrücke **rem obtinebit, res possessori concedenda est** lesen [2]). Aber jene eigenthümliche **b. p. sine re**, die durch Prätorisches **imperium** hingestellte Repräsentation des **heres**, die bis zum Auftreten desselben mit der **her. pet.** nach allen Seiten hin eine wirksame interimistische Universalsuccession war, diese gab es nicht mehr, und es können alle Spuren derselben in der Justinianeischen Compilation nur für Versehen erklärt werden. Diese hervorzuheben ist von besonderem Interesse, es sind, so viel ich zu sehen vermocht habe [2a]), folgende drei:

1) Von dem ersten Punkte ist schon oben theilweise die Rede gewesen [3]). In **fr. 95 §. 8 de solut.** heißt es:

> **Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit, et tantum ad eum pervenit, quantum, si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem, non potest dici fidejussorem liberari; neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo evincitur hereditas.**

Der Sinn der Stelle ist einfach. Der Jurist denkt sich einen

der so wichtigen Frage, wann die b. p. sine re verschwunden sei, wenig die Rede ist.

2) Hugo führt einzelne hiehergehörige Stellen an. R. G. S. 611 Note 7. s. ferner fr. 5 pr. de b. p. sec. tab. und oben §. 76 Note 10. §. 103 Note 7 — l. 25 C. de inoff. test. gehört nicht hieher. s. §. 127 Note 9a.

2a) Man hat sich bisher nicht die Mühe gegeben, danach zu forschen.

3) §. 147. Note 1 u. 2.

evincirenden **heres**, und fragt, ob der Creditor aus der Erbschaft, die er selbst besitzt, sich bezahlt machen könne. Er verneint dies, wogegen er sagt, wenn der Besitzer der Erbschaft ein Anderer, und zwar ein **bonorum possessor** sei, so liberire dieser den **heres**, wenn er den Creditor bezahle.

Dieser Satz ist für die alte **b. p. sine re** vollkommen natürlich, er ergiebt sich aus der interimistischen Repräsentation, die der Prätor bei der **b. p.** gerade vorzugsweise beabsichtigte. Dagegen bei einem sonstigen Erbschaftsbesitzer, auch dem **bonae fidei possessor**, konnte man, wie dies die schon oben angeführten Stellen ergeben, denselben Satz nicht gelten lassen. Den Grund davon hebt **fr. 31 pr. de her. pet.** hervor: **Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso jure non liberaverit petitorem hereditatis; nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat.** Der **possessor hereditatis** also zahlt in eigenem Namen aus, während der **bon. possessor** doch immer denken muß, daß ein **heres** ihm die Erbschaft abfordern könne, und er in dessen Namen die Erbschaft regulire. Freilich wird es nun auch beim **possessor hereditatis** praktisch auf dasselbe Resultat zurückgeführt, er kann die Zahlung dem **heres** anrechnen, aber dies geschieht nur durch Umwege, wie aus **fr. 31. cit.** weiter zu ersehen ist, während der **bon. possessor ipso jure** den **heres** liberirt hatte, und es sich also ganz von selbst versteht, daß er das Gezahlte berechnen kann.

Daß nun in die Justinianeische Compilation und im heutigen Recht nur die vom **possessor hereditatis** handelnden Stellen passen, braucht wohl nicht weiter ausgeführt zu werden. Eben so läßt es sich auch wohl kaum rechtfertigen, daß man das oben schon erklärte **fr. 26 §. 11 de cond. ind.** aufgenommen hat, indem die Argumentation, auf der es ruht, nicht mehr zulässig ist. Es handelt sich hier von dem umgekehrten Falle, wenn nämlich dem **bonorum possessor** gezahlt wird, und die Entscheidung des Juristen stützt sich, wie ich oben bereits entwickelt habe, wesentlich auf die Voraussetzung, daß dadurch allerdings der **debitor** liberirt werde [4]; nur wenn der **b. posses-**

4) Es ist ja auch gar nicht anders möglich. Der bonorum possessor

sor nicht defendirt, so kann er, falls er will, sein **debitum** zurückfordern. Beim **hereditatis possessor** aber, mag er **in bona** oder **mala fide** sein, ist es anders; hier wird erst durch die Restitution des Gezahlten an den **heres** der **debitor** liberirt [5]), es kann also bis dahin, auch wenn er die **hereditas** defendirt, zurückgefordert werden. Dies Letztere ist nun wieder das Justinianeische Recht.

2) Eine zweite sehr interessante Spur der **b. p. sine re** ist in **fr. 25 §. 2 de her. pet.** enthalten. Bei Gelegenheit des **praedo** wird gesagt, es komme nicht bloß sein **dolus praeteritus**, sondern auch seine **culpa** in Betracht, und daran ist der offenbar in allgemeinerem Sinn zu nehmende Satz geknüpft:

> **et ideo ab eo, qui ab alio non exegit, vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse.**

Es ist bekannt, daß diese Unterlassung der Eintreibung von Erbschaftsforderungen selbst dem **praedo** gar nicht allgemein zur Last gelegt wird, denn er hat ja keine Klage gegen Erbschaftsschuldner, und es wäre nur eine Erweiterung seiner **malae fidei possessio** gewesen, wenn er die Schuld eingetrieben hätte [6]). Nur wer eine Klage hat, und nun durch Nichtanstellung derselben in fahrlässiger Weise den Debitor liberirt werden läßt, nur der kann im Erbschaftsproceß dafür verantwortlich gemacht werden. Es leuchtet aber ein, daß unter diesen Gesichtspunkt ganz vornehmlich derjenige **bonorum possessor** zu stellen war, gegen den der **heres** die **hereditatis petitio** mit Erfolg anstellen kann, und daß also auch an diesen Ulpian bei jenen Worten besonders gedacht haben muß. Der **bonorum possessor** hat die **fictitiae actiones**, und wenn er nun

---

hatte, bis der heres ihm die Erbschaft abforderte, die fictitiae actiones, konnte also den Debitor sogar zur Zahlung zwingen, daher muß dieser doch auch, wenn er gezwungen oder gutwillig zahlt, liberirt worden sein.

5) fr. 31 §. 5 de her. pet.

6) fr. 31 §. 4 de her. pet. — Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari et pauperiores fieri, et non eos convenit, quum actionem non habuerit.

weiß, daß ein heres vorhanden ist, der ihm die Erbschaft abfordern kann, so ist er in culpa, wenn er den debitor nicht belangt, und dadurch dieser tempore liberirt wird.

Vergleichen wir nun, was der Basilikenscholiast (wahrscheinlich Stephanus) über diese Stelle sagt [7]):

> **Hoc olim quidem tractabatur in bonorum possessione sine re** (*ἐπὶ τῆς σὶνε ρὲ διακατοχῆς*), **ubi possessor bonorum possessionem sine re petens hereditarias actiones intendere poterat.**

Wir finden hier also nicht bloß die b. p. sine re erwähnt, sondern auch eine vollkommen richtige Charakteristik derselben. Der Scholiast trifft durchaus den Punkt, auf den es hier lediglich ankommt. Der Besitzer der Erbschaft muß eine Klage gegen den debitor haben, nur dann kann ihm die Unterlassung der Eintreibung als culpa zugerechnet werden. Zugleich aber zeigt die Stelle, daß man damals sich durchaus bewußt war, die b. p. sine re sei ein ganz unpraktisches Institut, und was sich in der Compilation darauf Bezügliches vorfinde, müsse jetzt auf etwas Anderes bezogen werden. Der Scholiast fährt nämlich folgendermaßen fort:

> **Hodie vero dicas, hoc nos intelligere de eo, cui et sine mandato agere licet, de quo didicisti titulo de procuratoribus partis primae Digestorum, dig. 35, vel de eo, qui hereditatem defendit, id est, qui satisdedit judicatum solvi: tunc enim actiones hereditarias, quae temporales essent, intendere poterat, et quum eas intendere posset, merito ei imputatur, cur eas non intenderit.**

Ich kann hier nicht weiter darauf eingehen, in wie weit diese beiden Erklärungen passend substituirt seien.

3) Die dritte Hindeutung auf die b. p. sine re ist in fr. 11 pr. de her. pet. aufbewahrt. Man nannte in der Kaiserzeit nur den noch bonorum possessor, welcher nach früherer Ausdrucksweise b. p. cum re hat, oder, wie man jetzt sagte,

7) Schol. ad Basil. XLII. 1. 1. 25. (Heimb. IV. p. 217. Nr. 5). — Hiernach ist also zu berichtigen, was Hugo R. G. S. 611 in Uebereinstimmung mit Biener bemerkt, daß in den Scholien die b. p. sine re nicht vorkomme.

den **praetorius successor**, d. h. den, welcher, weil ihm kein Anderer vorsteht, definitives Erbrecht hat. Also man durfte nicht mehr sagen, die **her. petitio** könne gegen den **bonorum possessor** geltend gemacht werden. Denn dann denkt man sich doch den, welcher die Klage anstellt, als den zur Erbschaft Nächstberechtigten, mithin kann nun der Beklagte nicht ein wahrer **bonorum possessor** heißen, sondern höchstens einer, der sich fälschlich für den **praetorius successor** hält, und auch allenfalls nach vorgängiger Agnition schon mit dem **Int. quor. bon.** gesiegt hat. Nichtsdestoweniger steht in der angeführten Stelle:

> **Pro herede possidet** (also gegen ihn geht die **her. pet.**), **qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.**

Es unterliegt keinem Zweifel, wie zu Ulpians Zeiten dies zu verstehen war. Ein **b. possessor**, dem der **heres** die Erbschaft evinciren kann, ist eben ein **bon. possessor sine re**, aber er gehört zu den **pro herede possessores**, obgleich, wenn er weiß, daß ein **heres** vor ihm steht, er auch zugleich weiß, daß er selbst nicht **heres** ist (s. Bd. I. S. 231. Note 8 u. 9). Von Justinians Standpunkt aber ist die Stelle offenbar anders zu verstehen, es geht die **her. pet.** nur noch gegen den **qui putat se bonorum possessorem** oder **praetorium successorem esse**, d. h. die **successionis vindicatio** des Nächstberechtigten (der ja ein **successor ex jure civili** oder **praetorio** sein kann) geht gegen alle Besitzer, welche sich (und zwar irrthümlich) entweder auf Civilrecht oder Prätorisches Recht stützen (**qui putant se heredes vel bon. possessores esse**), deren Antretung aber (**her. aditio** oder **b. p. agnitio**) wegen des vor ihnen Stehenden gar keine Bedeutung hat, als höchstens daß sie, wenn die Wahrscheinlichkeit anfangs für sie sprach, provisorisch mit dem **Int. quor. bon.** hatten siegen können.

Die Richtigkeit dieser **duplex interpretatio** folgt, wie mir scheint, mit Nothwendigkeit aus den Darstellungen des

vorigen Buches; sie wird nun aber auch vollkommen durch den Basilikenscholiasten bestätigt, der die Stelle folgendermaßen erklärt:

> **ad Bas. XLII. 1. l. 11 (Heimb. IV. p. 193) Etiam bonorum possessor, hoc est praetorius successor, sive: qui se putat praetorium esse successorem, aut fingit et dicit, se praetorium esse successorem, puta vel emancipatum vel cognatum defuncti pro herede videtur possidere, et merito convenitur hereditatis petitione** [8]).

III. Anerkennung der hereditatis petitio possessoria.

§. 152. Ich habe im dritten Buche nachgewiesen, daß schon seit Diocletians Zeiten jedem zur Succession Gerufenen, mogte es ein **successor ex jure civili** oder **praetorio** sein, die **successionis vindicatio** zur Seite stand. Justinian mußte nothwendig dies auch in seiner Compilation anerkennen, und so war es denn sehr natürlich, daß er auch in den Pandekten jenen besonderen Titel über die **her. pet. posssessoria** aufstellte. Selbst daß er diesen Namen für den früher gebräuchlichen: **successionis vindicatio**, erst erfand, ist kaum zu glauben. Es ist doch so natürlich, daß, wie man den **successor ex jure civili** und den **praetorius successor** einander gegenübersetzte, man ebenso auch die Beiden zustehende **hereditatis petitio** schon vor Justinian als **civilis** (oder **petitoria**) und **practoria** (oder **possessoria**) bezeichnete (s. Note 1. u. 2.).

Ebenso wie die **hered. petitiones** gegen den gerichtet werden, **qui se putat heredem vel bonorum possessorem esse**, so müssen sie auch dem zustehen, der in Wahrheit **heres**

8) Ebenso ad Bas. XLII. 1. l. 20. (Heimb. IV. p. 210) Licet autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existimassent, tamen et si bonorum possessores, id est, praetorios successores, cognatos forte, se existiment, vel alios justos successores ..... Sivi igitur heredes se existiment, sive bonorum possessores, sive alios justos successores, sive fideicommissarios universales, in his omnibus Scum locum habet. Dies ist eben der ganze Kreis der pro herede possessores.

oder **praetorius successor** ist, sie sind nothwendige Klagen zur Schützung des definitiven Erbrechts [1]). Sie bilden eigentlich eine einzige Klage, nur formell wegen der Verschiedenheit der Quelle, auf der sie ruhen, getrennt [2]). Wer damit durchdringen will, muß der Nächstberechtigte nach der Reihenfolge der Erbklassen sein, und die civile oder Prätorische Erbantretung vorgenommen haben [3]). Alsdann ist die Antretung aller Uebrigen entfernter Stehenden eine ganz bedeutungslose Handlung, und ebendeßhalb nennt man einen solchen, der die b. p. unnütz agnoscirt hat, jetzt ebensowenig **bonorum possessor** oder **praetorius successor**, als man von jeher den, welcher in einer entfernteren Civilklasse stehend die **her. aditio** vornahm, **heres** genannt hat.

IV. Die Delations- und Antretungsregeln des Prätorischen Erbrechts und ihr Verhältniß zum Civilrecht.

§. 153. Bis hieher ist alles Gesagte einfach und ohne Schwierigkeiten. Es wird wohl Niemandem, der nur etwas genauer in die Sache einzudringen weiß, zweifelhaft sein, daß in den bisher besprochenen drei Punkten das Recht der vorjustinianeischen Kaiserzeit, Justinians eigener Wille, und die Darstellungen der nachjustinianeischen Juristen sich vollkommen gleich sind. Wir können dies auch so ausdrücken: das civile und Prätorische Erbrecht ist, sobald es erworben ist, in

1) Schol. ad Bas. XLII. 2 l. 14. (Heimb. IV. 251) *Αὗται αἱ νεφελκύστους πετιτίονες, ἡ πετιτορία ἥ τε ἐν τόκοις καὶ ἡ παρτιαρία, καὶ ἡ ποσσεσσορία ἀναγκαῖαι εἰσι. φειδικομμισσαρίαν τινὲς μὲν οὐκ ἀναγκαίαν εἶναι εἰρήκασιν*, etc.

2) Schol. ad Bas. XLII. 2 l. 11 (Heimb. IV. 250) f. ferner Schol. ad Bas. XLII. 1. ad tit. (Heimb. IV. p. 184) Cognatis enim datur quidem hereditatis petitio non tamen civilis (*πολιτικὴ*) sed praetoria (*πραιτωρία*).

3) Schol. ad Basil. XXXIX. 1. l. 6. in fin. (Heimbach IV. p. 8) Quomodo enim agere poterit hereditatis petitione, nisi prius sibi jus hereditatis comparaverit vel ex jure civili vel ex praetoria jurisdictione. (*μὴ κατασκευάσαντα πρότερον ἑαυτῷ δίκαιον κληρονομίας ἢ ἀπὸ πολιτικῆς νομοθεσίας, ἢ ἀπὸ πραιτωρίας δικαιοδοσίας*).

Beziehung auf die daraus fließende definitive Erbberechtigung durchaus zusammengeschmolzen. Wir gelangen jetzt aber zu zwei anderen Fragen, für deren Beantwortung sich vielerlei Zweifel erheben. Ist auch rücksichtlich der Antretung selbst und der Möglichkeit derselben (d. h. der Delation) das civile und Prätorische Recht ganz gleich gestellt worden? Und welche Voraussetzungen bestehen in der Justinianeischen Compilation für die Geltendmachung der provisorischen Rechtsmittel auf Besitz der **corpora hereditaria**, welche, als Ueberrest des in der alten **b. p.** liegenden possessorischen Elementes, die spätere Kaiserzeit sich in der **missio Hadriana** und dem **Int. quor. bon.** bewahrt hatte?

Der Zustand der Quellen, die für diese beiden Fragen in Betracht kommen, bringt es mit sich, daß wir ihre Untersuchung in Eins verbinden, und es muß als Einleitung für das Justinianeische Recht hier nochmals kurz zusammengestellt werden, was wir als das Recht der Vorjustinianeischen Kaiserzeit erkannt haben.

Die Antretungsform des Civilrechts (**her. aditio**) und die des Prätorischen (**bonorum possessionis agnitio**) hatten sich freilich sehr genähert, aber völlig ausgeglichen wurden sie doch nicht. Es war immer der Unterschied, daß Letztere eine Erklärung vor dem Richter sei, während dies bei den Ersteren freilich häufig, aber doch nicht nöthig war. So blieb denn auch die Berufung getrennt, die der **b. p.** geschieht innerhalb einer bestimmten Frist, welche von da an läuft, wo eine etwa vorhergehende Klasse weggefallen ist. Und wenn es auch mit Einhaltung dieser Frist nicht streng genommen wurde, und man jedenfalls auch schon vor dem Wegfallen der vorhergehenden Klasse agnosciren konnte, so war doch eben die allgemeine Regel, daß der Berufene in einer bestimmten Frist stehe, und daß in diesen Fristen den Erbklassen nach einer bestimmten Reihenfolge deferirt werde (**successorium edictum**), noch immer vorhanden. Wen aber nicht bloß der Prätor, sondern auch das Civilrecht rief, der konnte durch Zeitablauf freilich vom Prätorischen, nicht aber vom Civilrechte (als höchstens durch das **spatium deliberandi**) ausgeschlossen werden, ja auch wenn er ohne anzutreten wegfiel, fand gar nicht immer eine neue civilrecht-

liche Berufung Statt. Es wurde also beim Vorhandensein eines näheren Civilerben nur nach Prätorischem Rechte weiter deferirt, aber die Agnition der folgenden Klasse gewährte nur Erbrecht, wenn die Adition des Civilerben ganz unterblieb, und abgesehen davon konnte sie höchstens die Folge haben, daß der später Stehende einstweilen in den Besitz der **corpora hereditaria** kam.

Für dies Recht aber auf provisorischen Besitz der **corpora hereditaria**, die schon von Anderen ergriffen worden waren, bestand allgemein die Pflicht, daß man den Richter in bestimmter Frist angehen müsse. Der testamentarische Erbe mußte in einem Jahre die **missio Hadriana** erbitten, alle übrigen Klassen bedurften zur Geltendmachung des Interdicts der Agnition in der Prätorischen Frist. Mit Ablauf dieser Frist war den rein Prätorischen Klassen auch überhaupt ihr petitorisches Erbrecht entzogen, während die auch vom Civilrecht gerufenen Klassen nur das provisorische Rechtsmittel verloren. War aber aus irgend einer Klasse Jemand provisorisch in den Besitz gesetzt, so konnten dann Andere, die Ansprüche auf die Erbschaft machten, nur noch mit der **successionis vindicatio** auftreten [1]). —

1) Man könnte aus der Erlaubniß **inter alienas vices** zu agnosciren für das Interdict Folgendes ableiten wollen. Es habe nun alsbald eine ganz späte Klasse (z. B. vir et uxor) b. p. erbitten, und dann auch sogleich, wenn frühere Erbberechtigte vorhanden aber noch nicht aufgetreten waren, gegen dritte Besitzer mit dem Interdict siegen, dadurch aber doch auf die Erbberechtigten der früheren Klasse die Einwirkung äußern können, daß diesen (weil mehrfache possessorische Processe hintereinander nicht möglich sind §. 147 Note 4) das Interdict entzogen wäre, und nur noch die **her. pet.** übrig bliebe. Dies würde aber ganz unrichtig sein. Die Agnition **inter alienas vices** heißt nur, daß man seine Antretungshandlung im Voraus vornehmen, nicht aber daß man den vorhergehenden Klassen dadurch ihr Recht entziehen kann, denn das **successorium edictum** ist dabei vollkommen bestehen geblieben. Jene Agnition **inter alienas vices** hat nur Bedeutung, wenn nicht hinterdrein eine näherstehende Klasse in der für sie laufenden Frist agnoscirt hat. Also in Folge der verfrühten Agnition kann das Interdict erst angestellt werden, wenn die vorhergehenden Fristen auch wirklich abgelaufen sind, oder man beweist, daß in den vorhergehenden Klassen Niemand vorhanden sei. Dieser Beweis ist also mit anderen Worten vom Acte der Agnition,

Stellen wir diesem nun gleich die unzweifelhaften Grundelemente gegenüber, welche für unsere beiden Fragen das Justinianeische Recht uns darbietet.

1) Die **hereditatis aditio** ist von Justinian in der Gestalt des späteren Kaiserrechtes recipirt worden. Es ist eine in keine bestimmte Zeit eingeschlossene Handlung, die der Gegenwart des Richters nicht nothwendig bedarf. Die Titel der Digesten **de acquir. vel om. hered.** und des Codex **de jure deliberandi et de adeunda vel acq. her.** zeigen dies schon zur Genüge, und die eigene Gesammtdarstellung Justinians in §. 5 ff. **I. de hered. qual. et differentia** läßt darüber keinen Zweifel. Ebensowenig ist es aber auch einem Bedenken unterworfen, daß er die Delationsregeln der **b. p.**, wie sie das **successorium edictum** enthält, sowie die Fristen und die Agnitionsform der späteren Kaiserzeit recipirt. Die Titel der Pandekten **de success. edicto**, des Codex **qui admitti ad b. p.**, und die eigenen Worte Justinians in §. 8 u. ff. **I. de bon. poss.** bürgen dafür.

2) Daß Justinian auch die Mittel einer provisorischen Besitzergreifung der **corpora hereditaria**, so wie sie in der Kaiserzeit bestanden, aufnehmen wollte, hat die bei Weitem überwiegenden Gründe für sich. Die **missio Hadriana** hat er durch ein eigenes Gesetz genauer regulirt, und daß er auch das **Int. quor. bon.** bestehen lassen wollte, zeigt die Aufnahme mehrer Digesten- und Codexstellen, nach welchen es denn auch nicht zweifelhaft ist, daß die Agnition der **b. p.** die Vorbedingung des Interdictes blieb [2]). Ferner will Justinian offenbar, daß auch jeder Civilerbe **b. p. sec. tab., unde legitimi,** und **quibus ex legibus** agnosciren könne, um an den Vortheilen der

---

wobei er früher geliefert werden mußte (Bd. I. S. 103), in den Interdictsproceß verlegt worden, wie das ja mit den übrigen Bescheinigungen, die dem Prätor zu liefern waren, auch geschehen ist.

2) fr. 1 pr. quor. bon. — **Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est etc.** l. 1 C. quor. bon. „**non aliter possessor constitui poteris, quam si te — ad bonorum possessionem admissum probaveris.**“ l. 2 C. eod. „**recte petita bon. possessione.**“ **Theophilus ad I. de Interdict. §. 3.**

Prätorischen Succession (und das ist ja gerade das Interdict) Theil zu nehmen [3]). —

Schon diese allgemeinen Sätze scheinen uns auf die Ansicht zu führen, daß Justinian in der Stellung der **bon. poss.** zur **hereditas**, wo nicht besondere Ausnahmen vorliegen, nichts vom bisherigen Rechte verändert habe. Daß er die **bon. poss.** überhaupt in die Compilation aufnahm, hat sie natürlich, wenn Justinians entgegengesetzter Wille nicht ersichtlich ist, keineswegs zu Civilrecht erhoben und der **hereditas** gleich gemacht. Es ist dies ebenso, als die oben schon im §. 118 besprochene Frage, ob durch die einzelnen bestätigenden Kaiserconstitutionen die **bon. poss.** den Charakter des Civilrechts erhalten hätte. Man kann dies immerhin zugestehen, denn es versteht sich von selbst, daß seit Justinian die Sätze des Prätorischen Erbrechts ganz dieselbe bindende Kraft haben sollten, als die des Civilrechts. Aber wenn nun Justinian für beide Systeme ganz unverändert die Regeln der Delation wie der Acquisition, durch die sie sich bisher geschieden hatten, recipirt, so ist es doch klar, daß die Reception in einem und demselben Rechtsbuche die Stellung beider Lehren gegeneinander gar nicht verändert hat, daß sie sich fernerhin in dem **Corpus juris** gerade so unterscheiden, wie sie früher unter dem Namen des civilen und Prätorischen Rechts einander gegenüber gestanden hatten.

Eine innere Verschmelzung beider Lehren könnte nur darin liegen, wenn Justinian sowohl die Klassen des civilen wie des Prätorischen Rechtes unter dieselben Regeln der Delation und Acquisition gestellt hätte; also wenn er für die Berufung *aller* Erbberechtigten entweder die Regeln des Civilrechts oder die des **successorium edictum**, für die Antretung entweder die **hereditatis aditio** oder die **bon. possessionis agnitio** allgemein gemacht hätte. Zu der inneren Einheit wäre es nöthig, daß Justinian sich ganz für die Delations- und Acquisitionsregeln des einen von beiden Systemen entschieden, und in Folge dessen die Spuren des anderen völlig vertilgt hätte. So schwer war das gar nicht durchzuführen, er brauchte (ganz mit Beibehaltung des Namens **bon. possessio** nur zu sagen, jeder

3) §. 1. 7. 10. I. de bon. poss.

bonorum possessor könne wie ein **heres** durch **her. aditio** oder **pro herede gestio** und ohne Einschränknng in eine bestimmte Frist die Erbschaft erwerben.

Statt daß wir aber einer diesem Gegenstande gewidmeten Constitution begegneten, finden wir nicht bloß, wie vorher bemerkt wurde, die Delations- und Acquisitionsregeln beider Systeme gleichmäßig anerkannt, sondern es scheint auch Justinian ganz absichtlich, da wo wir ihn selbst sprechen hören, nämlich in den Institutionen, beide Systeme von einander zu trennen. Er sagt im §. 7. I. de her. qual. et differ.

> **Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.**

Es sind hier gerade die beiden Klassen des damaligen Erbrechts hervorgehoben, welche dem Civilrecht angehörten, und so scheint denn auch das **argumentum a contrario** zulässig, daß für die übrigen Klassen, welche Prätorischen Ursprungs waren, (die **b. p. contra tab., unde liberi, unde cognati** und **unde vir et uxor**), die angegebenen Grundsätze der **her. aditio** und **pro herede gestio** nicht gelten sollten.

§. 154. Die im vorigen § angeführten Gründe scheinen allerdings Gewicht zu haben, und so erklärt es sich, daß die Bearbeiter des Röm. Rechts von jeher und bis in die neuesten Zeiten vorherrschend der Ansicht beigetreten sind, die **bon. possessio** finde sich in Institutionen, Pandekten uud Codex als ein geschlossenes der **hereditas** gegenüberstehendes Ganzes. Wer in einer Prätorischen Erbklasse gerufen sei, müsse, um Erbe zu werden, nothwendiger Weise **b. p.** agnosciren, (s. g. **bon. poss. necessaria**) und dieser Satz trete nur deßhalb so sehr zurück, weil Justinian in der Novellengesetzgebung die meisten Prätorischen Erbklassen (**contra tabulas** und die ersten drei Intestatklassen) aufgehoben habe. Die alte Nothwendigkeit der Agnition bestehe daher nur noch in einigen singulären Fällen, wo die testamentarische Succession nicht auf Civilrecht ruhe, und bei der **b. p. unde vir et uxor** [1]).

1) Ich will hier nur einige Schriftsteller der neueren Zeit citiren, das

Indeſſen kann nicht verkannt werden, daß dieſer Auffaſſung weit gewichtigere Gründe entgegenſtehen. Wenn wir die Conſtitutionen Juſtinians im Codex (vor und nach Abfaſſung der Inſtitutionen) durchleſen, ſo finden wir darin ſo gar keine Spur von einer Verſchiedenheit der Antretung für die Prätoriſchen und Civil-Klaſſen, daß wir uns des Gedankens gar nicht zu erwehren vermögen, Juſtinian habe unmöglich in den Inſtitutionen ſelbſt die Agnition für ein nothwendiges Requiſit der Prätoriſchen Klaſſen erklären können. In dieſer Hinſicht ſind namentlich von Intereſſe die **l. 14 und 15 C. de legitim. her.**, in welchen Juſtinian ausdrücklich erklärt, er wolle gewiſſe Perſonen aus der Prätoriſchen Cognatenklaſſe in den vorhergehenden **gradus** der Agnaten herüberziehen, (**tanquam si omnes legitimo jure veniant, legitimo jure hereditatem adipisci sanximus, legitima successione digni reperti**). Aber als Vergrößerung ihres Rechtes wird darin nur dieſe Voranſtellung in eine frühere Klaſſe hervorgehoben, daß ſie nun auch an den Vortheilen einer einfacheren Erbantretung Theil hätten, davon iſt gar nicht die Rede. Und auch die Art, wie Juſtinian von der Succeſſion der einen Klaſſe auf die andere ſpricht, läßt gar nicht recht einſehen, wie dabei noch die Zeitfriſten des **successorium edictum** zur Anwendung kommen könnten. Er faßt ſie offenbar ſo auf, daß nur wenn der vorhergehende **gradus** ausgeſchlagen hat, (nicht aber wenn deſſen Zeit abge-

---

Weitere auf das fünfte Buch verſparend. v. Löhr Magazin III. S. 346. Thibaut Pand. 8. Aufl. §. 825. Mühlenbruch Pand. III. §. 620 am Ende. Puchta Pandekten §. 451. am Ende. — Hugo R. G. S. 1127. faßt es anders auf: In den Inſtitutionen ſei die b. p. noch durchaus anerkannt, indem Juſtinian die Inteſtatklaſſen auf vier reducirt habe. Bei einigen neuen Einrichtungen aber ſcheine die Agnition vergeſſen zu ſein (Hugo meint wohl beſonders das **beneficium inventarii**; es iſt aber zu bemerken, daß dies ſchon vor Abfaſſung der Inſtitutionen eingeführt wurde §. 6 I. de her. qual. et diff.), wie denn auch die Streichung der Kunſtwörter **cum** und **sine re**, und die Verweiſung der ganzen Lehre in nicht vorzutragende Bücher der Digeſten ein ſchlimmes Zeichen ſei. — Dem erſteren dieſer beiden Gründe kann ich nach dem oben Geſagten kein Gewicht beilegen, von dem anderen wird noch nachher die Rede ſein.

laufen ist), die folgende Klasse gerufen werden soll, und so müssen auch die Cognaten bis sich die Agnaten entschieden haben, ausgeschlossen sein. Von der Form freilich, wie nun die Cognaten die Erbschaft anzutreten haben, ist hier nicht die Rede, aber die Art, wie in l. 15 §. 1. von der Succession der Emancipirten die Rede ist, scheint mir deutlich zu zeigen, daß Justinian nur ihre bisherige Zurücksetzung gegen Andere aufheben will, daß er aber in Beziehung auf die Realisirung des Erbrechts unter den **sui** und **emancipati** eine völlige Gleichheit des Rechtes schon als bestehend voraussetzt.

Mehr noch als aus diesen Stellen, die doch immer nur einen negativen Beweis liefern, folgt aus denen des Codextitels **de jure deliberandi et de adeunda hereditate.** Die darin aufgenommenen Constitutionen früherer Kaiser handeln auch vielfach von der Agnition der **b. p.**, aber immer so, daß es aussieht, als wenn man unter der **pro herede gestio** und **bonorum possessionis agnitio** [2]) wählen könne (l. 3. 7. 18. cod.). In der l. 18. wird gesagt, der Vater könne für das Kind bei jedweder Erbschaft die **hereditas adire** oder die **b. p. petere.** Dies ließ sich nun auch so verstehen, daß wirklich in allen Fällen, auch wenn das Kind in einer Prätorischen Erbklasse stand, man die eine von beiden Antretungsarten vornehmen dürfe. Und daß Justinian es in der That so verstehe, geht aus l. 19. eod. hervor. Hier sagt er, Jeder, dem eine Erbschaft **ex testamento** oder **ab intestato** zufalle (und daß auch die Prätorischen Erbklassen darunter verstanden seien, ist kein Zweifel), könne sein Deliberationsrecht, wenn er innerhalb des ersten Jahres versterbe, auf seine Successoren transmittiren, sobald er nichts gethan habe, worin eine **hereditatis aditio** oder **pro herede gestio** läge. Also durch eins von diesen Beiden soll er jede Erbschaft unwiderruflich erworben haben, wo nicht, so sollen seine Successoren, worunter auch ausdrücklich die Cognaten namhaft gemacht werden, noch das Recht der **hereditatis aditio** in dem Ueberreste des Jahres haben. Ebenso ist in l. 22 C. eod. lediglich und zwar mehr-

2) Von letzterer wird ja in l. 12 C. eod. noch besonders hervorgehoben, daß sie eine pro herede gestio enthalte.

fach von der **hereditatis aditio** und **pro herede gestio** die Rede, und Justinian sagt sehr zweifellos im §. 1:

> **Quum igitur hereditas ad quendam sive ex testamento sive ab intestato fuerit delata** (auch hier sind offenbar civile wie Prätorische Erbklassen gemeint) **sive ex asse sive ex parte, si quidem recta via adire maluerit hereditatem, et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario, quum omnibus creditoribus suppositus est, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa.**

Das heißt aber doch klar genug, es komme nur auf seine Willenserklärung an, um die Erbschaft aus jeder Erbklasse unwiderruflich zu erwerben, die **hereditatis aditio** und **pro herede gestio** genügen dazu vollkommen. Wie nun damit sich vereinigen lasse, daß Justinian nachher in den Institutionen wieder sagen soll, sie genügten nicht, sondern nur bei den civilen Erbklassen liege in ihnen ein entschiedener Erbschaftserwerb, vermag ich nicht einzusehen [3]). —

Wie sollen wir nun diese von beiden Seiten sich erhebenden Bedenken lösen und in friedlichen Einklang bringen? Ich bin gar kein so großer Bewunderer Justinians, daß ich stets, koste es was es wolle, ihn und seine Arbeiter von allen Versehen und Fehlern freisprechen mögte. Ich halte es für vollkommen möglich, daß die Redactoren dieser Constitutionen gar nicht mehr an die **b. p.** gedacht haben, indem sie die **her. aditio** und **pro herede gestio** für die allgemeine Antretungsform aller Erbklassen hielten, und daß dann die Institutionenverfasser (was vielleicht ganz andere Personen waren), umgekehrt die Agnition der **b. p.** für ein nothwendiges Requisit der Prätorischen Erbklassen angesehen hätten. Alsdann ständen hier also

3) Daß in den Pandekten die Agnition stets vorausgesetzt wird, ließe sich schon eher als historische Notiz erklären, welche die Compilatoren in einem dem Privatstudium der Studenten überlassenen Theile der Digesten nur zum besseren Verständniß des Ganzen aufgenommen hätten. Aber so lassen sich doch Justinians eigene Worte im Titel der Institutionen **de b. p.**, der auch gar nicht aus Gaius entlehnt ist, nicht hinwegräumen.

völlig widersprechende Sätze in der Justinianeischen Compilation friedlich nebeneinander; und dieser Widerspruch konnte anfangs unter Justinian leicht unbemerkt bleiben, weil, wie ich oben ausgeführt habe, es doch wohl vorherrschende Sitte war, (s. §. 136.) die **her. aditio** vor einem Richter vorzunehmen, und umgekehrt es schon immer mit den Prätorischen Fristen so wenig genau genommen wurde, daß im gewöhnlichen Leben beide Antretungsarten sich gleich sahen, und man also die vorliegende Handlung bald als **her. aditio** bald als **b. p. agnitio** unter die widersprechend lautenden Stellen des **Corpus juris** leicht subsumiren konnte. — Wer nun in der That hier einen völligen Widerspruch annimmt, für den löst sich die ganze Frage in die Untersuchung auf, wie seit der Reception des Justinianeischen Rechts in Deutschland unser Gewohnheitsrecht sich gestaltet habe, ob dies für die Prätorischen Erbklassen eine besondere Agnition (nach den Institutionen) noch festgehalten, oder (nach den Coderstellen) die **her. aditio** als allgemeine Antretungsart für alle Erbklassen anerkannt habe. Hievon wird im folgenden Buche genauer die Rede sein.

Diese Annahme eines vollkommenen Widerspruches ist aber doch das verdeckte Bekenntniß, daß uns hier die Justinianeische Compilation durchaus rathlos lasse. Ebensowenig, wie wir mit den in Note 1. citirten Schriftstellern die entgegenstehenden Schwierigkeiten ganz ignoriren dürfen, so können wir auch nicht ohne eine vorgängige sorgsame Prüfung uns mit der Unauflöslichkeit der Schwierigkeit beruhigen. Freilich wäre Letzteres immer noch besser, als eine Erklärung, mit der man freilich den Schein rettet, mit der aber die Sache selbst nicht weiter gerückt wird [4]). Wer jene Coderstellen mit ganz unbefangenem Urtheile liest, muß wie ich glaube zu der Ueberzeugung kommen, daß darin die **her. aditio** und **pro herede gestio** für die allgemein genügende Erbantretung aller Klassen erklärt wird. Wenn man hieran festhält, so giebt es, wie mir scheint, nur noch einen einzigen Weg, auf dem sich ungezwungen rechtfertigen läßt, daß Justinian die Agnitionsform und Fristen der

4) Solcher Erklärungen lassen sich mehre denken, ich halte es aber nicht der Mühe werth, sie hier, ohne daß sie aufgestellt worden sind, in Voraus zu widerlegen.

b. p., ohne mit jenem Satze in Conflict zu gerathen, bestehen ließ. Ehe ich darauf eingehe, muß ich aber als Einleitung vorausschicken, welche Ansichten über unsere Frage die nachjustinianeischen Basilikenscholiasten vortragen. Wir werden dann prüfen, in welchen Punkten sie wohl Justinians eigenen Willen getroffen haben mögten.

§. 155. Den Basilikenscholiasten ist der ursprüngliche Gegensatz des civilen und prätorischen Rechts in Beziehung auf die Antretung klar bewußt. Ihre gesammte Theorie darüber wird sich in folgende Punkte zerlegen lassen:

1. Zuerst sind nach ihrer Ansicht zu unterscheiden die sui von den extranei. Die ersteren bedürfen weder der hereditatis aditio noch der b. possessionis agnitio, den letzteren dagegen steht die deliberatio zu, wie im §. 5. I. de her. qual. et diff. ausgeführt ist [1]). In diesem Deliberationsrecht nun liegt ein Doppeltes, die Agnition der b. p. und die hereditatis aditio, welche sich wesentlich von einander scheiden [2]).

1) Schol. ad Basil. XLV. 1. l. 24 (fr. 14 D. de suis et leg.) Heimb. IV. p. 484. — Enantioph. Etiam bonorum possessio in suis supervacaneum quid est, ut lib. 5. tit. 2. dig. 7. Atqui dictum est Instit. 3 tit. 9. ascendentes et descendentes naturales et adoptivos, si intra annum non petierint, eam amittere. Similiter lib. 38 tit. 9. dig. 1. — Innomin. Lege lib. 28 tit. 2 dig. 11. et tit. 5 dig. 85 (muß heißen 86 §. 1) et Instit. 2 tit. 19 et lib. 29 tit. 2 dig. 11. 12. eos existere heredes non egentes aditione aut bonorum possessione. Quibusnam autem competat deliberatio, et quis sit proprie suus cognoscis ex tit. 19 lib. 2 Instit. (Uebrigens nehmen die Scholiasten die sui in einem sehr weiten Sinn. Schol. ad B. XLV. 1. l. 14. (Heimb. IV. p. 478 Nr. 11). — s. auch noch Heimb. IV. p. 513. Nr. 14. Schol. ad B. XLV. 2. l. 25.

2) Schol. ad B. XLV. 2. l. 8. (Heimb. IV. p. 507). Enantioph. Adscendentibus et descendentibus competens b. p. annalis est, ut tit. 9 dig. 1. et 9. (muß heißen: [lib. 38] tit. 9. dig. 1. them. 12), in his autem qui ex latere veniunt, centum dierum. De jure autem civili, hoc est de aditione aliud didicisti lib. 6 Codicis tit. 30. Lege ejusdem lib. tit. 55. const. 1. et tit. 17 hujus lib. dig. 2. si mater quidem repudiaverit bonorum possessionem, deliberet autem de aditione, locum non habere eos qui sequuntur. (fr. 2 §. 21. ad SC. Tertull.) — Schol. ad

Letztere iſt eine Privathandlung, umfaßt auch die **pro herede gestio**, und iſt nicht in eine beſtimmte Zeit eingeſchloſſen, während die erſtere in 100 Tagen oder einem Jahr geſchehen muß, und, wenn ſie auch nicht mehr der alten formellen **petitio** bedarf, dennoch eine Erklärung vor dem Richter (**agnitio**) erfordert [3]).

2) Das Verhältniß nun aber, in dem ſich die Scholiaſten beide Rechte des Extraneus, das der Agnition und der Adition denken, iſt zuförderſt, daß wenn Jemand zugleich vom civilen und vom Prätoriſchen Recht gerufen wird, er mit der Ausſchlagung oder Verſäumung der Agnition ſein Civilerbrecht nicht verloren hat, ſondern die **her. aditio** noch vornehmen kann. So ſagen dies in Beziehung auf Aſcendenten, Deſcendenten und Geſchwiſter die in Note 2 citirten Stellen [4]). Man ſuchte es noch im Einzelnen durch beſondere Berufung auf eigene Kaiſergeſetze zu rechtfertigen, daß eine **b. p.** nicht nöthig ſei, ſondern durch **pro herede gestio** erſetzt werden könne, wobei man ſich freilich aus der Herbeiziehung ganz nichtsſagender Stellen nicht viel Gewiſſen machte. So wird aus der **l. 2 C. si ut omissam hereditatem** (2. 40) gerechtfertigt, daß für den

---

Bas. XLV. 2. l. 25. (Heimb. IV. p. 514 Nr. 16.) zu dem Texte: „Si frater fratri pupillariter substitutus sit, centum dies habet.“ Enantioph. Atqui necessarius ei heres fit, ut lib. 28. tit. 6. dig. 2. 10. 18; et dici potest, ipsum annum habere, quod patris testamentum sit. Lege lib. 6. Codicis tit. 55 const. 1. Dicit enim, legitimum fratris heredem non excludi centum diebus. Certum igitur est hoc de b. possessione sive de Praetorio jure esse dictum, quod autem in constitutione dicitur, de aditione sive de jure civili. etc.

3) Schol. ad B. XLV. 2. l. 29. (Heimbach IV. p. 516. Nr. 2). Enantioph. Ordinariae autem sive edictales sunt hoc est ex edicto, sive jure Praetoris competentes, quae tribuunt jus hereditatis, et non indigent causae cognitione sive varia inquisitione. Denique non sunt in petitione, sed in agnitione, ut Instit. 3. tit. 9.

4) Ebenſo ſagte man auch ſogar, wenn Jemand nach altem und neuerem Civilrecht gerufen werde, ſo könne er doppelt ausſchlagen. Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 3. (Heimb. IV. p. 185 Nr. 3) und ad Bas. XLV. 2. l. 25. (Heimb. IV. p. 513. Nr. 11).

impubes die Fristen der b. p. gar nicht mehr liefen [5]), ferner nimmt Julian, in Folge von l. 1 u. 3 C. ad SC. Tertull. (6. 56) (wenn letztere Stelle nicht ein falsches Citat ist), an, daß unter Mutter und Kindern keine Agnition nöthig sei [6]). Besser ist schon seine Berufung auf fr. 52 pr. de acq. vel om. her. für den Satz, daß der Sohn eines furiosus die ihm zugefallene Erbschaft, statt der Agnition, welche eine Ratihabition des Vaters voraussetzt, durch her. aditio erwerben könne [7]). Theodorus endlich stützt die Behauptung, daß die Kinder bei der Beerbung des Vaters der b. p. nicht bedürfen, auf die von dem suus heres redende l. 13 C. de jure delib. [8]).

3) Alle diese einzelnen Stellen zeigen das Streben der Scholiasten, die Unnöthigkeit der Agnition in besonderen Fällen nachzuweisen. Aber dabei sind sie nicht stehen geblieben, vielmehr finden wir, daß sie ganz allgemein die Agnition der b. p. für unnöthig und durch die her. aditio oder pro herede gestio ersetzbar erklären. Jene speciellen Fälle also sind in dem Sinne zu nehmen, daß sie darin noch aus selbständigen Gründen glaubten rechtfertigen zu können, was sie im Allge-

5) Schol. ad Bas. XL. 5 l. 3 (Heimb. IV. p. 77 Nr. 17). Dicendum est, hodie ex constitutione (2) tit. 40 lib. 2 Codicis nullum ejus modi tempus impuberi currere.

6) Schol. ad Bas. XLV. 2. l. 1. (Heimb. IV. p. 503). Enantioph. Hi (legitimi) etiam non petita bonorum possessione succedunt, cum jura legitima habeant. Qui autem a solo Praetore vocantur, citra bonorum possessionem non succedunt. Dictum enim est lib. 6 tit. 15 const. 2. sine bonorum possessione hereditatem intestati filii amitae capere neminem. In const. autem 1. tit. 56 dicitur, liberos matribus tunc per se heredes existere, cum fari possint: matres autem succedunt etiam filiis infantibus. Et const. 3. tit. 56 (?) dicit, etiam non petita bonorum possessione filiam pro herede gerendo matri succedere.

7) Schol. ad Bas. XLV. 2. l. 32. (Heimb. IV. p. 518. Nr. 5). Adire autem potest filius furiosi, et servos hereditarios manumittere, ut lib. 29 tit. 2 dig. 52. (Anonym.).

8) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 41. (Heimb. IV. p. 497. Nr. 1.) Theodori. Filii non indigent bonorum possessione ad hoc, ut matri suae succedant. Similiter didicisti in const. 13. tit. 30 hujus lib. in paterna successione. — s. auch die folgende Nr. 2 über das SC. Orphitianum.

meinen schon aus anderen Gründen angenommen hatten. Wie sie nun aber diese allgemeine Unanwendbarkeit der Agnition fassen, ist uns von ganz besonderer Wichtigkeit. Der oft von ihnen citirte §. 10 I. de b. p. war nämlich zu deutlich, als daß sie hätten sagen können, es gebe gar keine Agnition der b. p. mehr. Vielmehr stellen sie es gerade mit Anlehnung an diese Stelle so dar, es sei nur die alte formelle petitio der b. p. aufgehoben, dagegen die formlosere agnitio (d. h. die Erklärung vor einem Richter in bestimmter Frist) bestehe noch vollkommen. Daneben aber erwähnen sie dann noch etwas Anderes, wodurch auch wieder diese formlosere Agnition ersetzt werden könne, und das ist eben die her. aditio oder pro herede gestio.

Zuerst sehen wir dies aus der Behandlung der b. p. litis ordin. gratia. Man nahm an, dies sei, außer für den suus, die allgemeine regelmäßige Einleitungsform der Querel [9]), und auf diese wandte man denn auch die Vorschriften Justinians im §. 10. I. de b. p. an. Also die Erklärung vor dem Richter in der bestimmten Frist hielt man allerdings als die regelmäßige Form fest, aber man erkannte daneben doch auch die her. aditio oder pro herede gestio als genügend an. So sagt denn der Scholiast (Stephanus?), wer die Querel anstellen wolle, müsse entweder b. p. petere, oder wenigstens, gleichsam als fingirte Agnition (ἐσχηματισμένως), adire aut pro her. gerere. Jedenfalls aber sei unter jenem Ersteren, dem b. p. petere, nur noch eine Erklärung vor Gericht in bestimmter Frist zu verstehen, denn diese Agnition stehe der früheren formellen petitio ganz gleich [10]).

9) Schol. ad Bas. XXXIX. 1. 1. 35. (Heimbach IV. p. 31). Theodori. Qui agit de inofficioso non statim aufert possessionem ab herede scripto, etiamsi petierit bonorum possessiorem litis ordinandae gratia. Thalelaei. Didicisti in libris de judiciis, eum qui vult agere de inofficioso, debere petere b. p., quae dicitur litis ordinandae gratia, atque ita litigare. Constitutio igitur ait, licet quis quasi acturus de inofficioso petierit b. p. litis ord. gr., tamen non posse eum possessionem heredibus scriptis auferre.

10) Schol. ad Bas. XXXIX. 1. 1. 6. Heimb. IV. p. 8. Nr. 6). Litis ordinandae gratia b. possessionem dicit. Quia enim neque

Ganz in Uebereinſtimmung hiemit wird denn auch im Einzelnen von dem Scholiaſten ausgeführt, daß wenn man noch keine b. p. agnoscirt habe, alſo vor keinem Richter erſchienen ſei, dennoch auch ſonſtige Präparationen der Klage, z. B. die Inſtruction eines Advokaten, weil ſie als **pro herede gestio** gelten konnte, genügen ſolle [11]).

---

ab intestato potest statim venire, testamento valido existente, neque c. t. b. p. petere, cum exheredatus sit (soli enim praeterito filio dat Praetor b. p. c. t.) merito, cum non possit tanquam heres vel bonorum possessor hereditatis petitione experiri, debet b. p. petere litis ordinandae gratia, vel etiam adire aut pro herede gerere fictitia (ἐσχηματισμένως). Hodie vero certe et nuda voluntate, actis tamen confectis, potest quis ostendens, quocunque modo animo amplectendae hereditatis, intra statuta tamen tempora. Perinde enim esse videtur, ac si b. p. petiisset et obtinuisset. Sic didicisti in fin. tit. 9. lib. 3. Instit. — Man könnte verſucht ſein, dieſen Endſatz von Hodie an als Erklärung nicht des b. p. petere, ſondern umgekehrt des adire oder pro herede gerere anzuſehen. Aber es kommt nirgends bei den Scholiaſten vor, daß die Agnition nach §. 10 I. de b. p. eine Aditio oder pro herede gestio genannt würde, vielmehr ſcheiden ſie eben dieſe freiere Juſtinianeiſche Agnition, wie wir geſehen haben, (und mit Recht) ganz genau von der civilrechtlichen aditio. Wohl aber halten ſie es immer der Mühe werth, wenn ſie vom petere der b. p. reden, hinzuzuſetzen, daß darunter nach jenem Inſtitutionenparagraph eben nicht mehr die alte formelle petitio (αἴτησις), ſondern die formloſere agnitio (ἐπίγνωσις) zu verſtehen ſei (ſ. Note 3). So ſcheint es mir denn auch nicht zweifelhaft zu ſein, daß unſere Stelle in gleichem Sinne zu nehmen ſei.

11) l. c. Heimbach p. 8 Nr. 5 in fin. — Ait igitur, eum, qui petiit b. p. lit. ord. gr., licet lite nondum contestata decesserit, querelam ad heredes suos transmittere. Si vero nondum petierit b. p. lit. ord. gr., sed controversiam heredibus scriptis facere coeperit, puta, de hereditate cum eis contendere, vel si hoc quidem non fecerit, sed usus sit praeparatione, scilicet ad controversiam se praeparaverit, puta advocatos instruens, vel si cum venit ad querelam movendam, decesserit, sic quoque nihilominus querelam ad heredes suos transmittat. — Heimb. p. 9. Nr. 1. — puta si petierit b. p. l. o. g., vel petere praeparaverit ideoque magistratum adierit, vel controversiam praeparare coeperit. Man ließ aber doch noch immer einen wenn auch geringen Unterſchied zwiſchen dem suus und extraneus beſtehen, wie aus dem weiteren Verlauf der angeführten Stelle zu erſehen iſt.

Ein Grund, aus dem man dieſe Subſtituirung der **pro her. gest.** für die Agnition rechtfertigte, wird von den Scholiaſten in den bisher angegebenen Stellen nicht angeführt. Aber es fällt doch nicht ſchwer, den, welchen ſie wirklich gehabt haben, ausfindig zu machen. Es gab einen Fall, in welchem (nach einer wahrſcheinlich von Juſtinian interpolirten Stelle der Digeſten: **fr. 3. §. 4. de b. p.**) weder die **petitio** noch die **agnitio** der **b. p.** nöthig, ſondern **ipso jure** als geſchehen fingirt ſein ſollte, nämlich bei einer an juriſtiſche Perſonen deferirten Erbſchaft. Die Scholiaſten haben nun freilich dies nicht als allgemeinen Grund angenommen, daß auch die formloſe **agnitio** nirgends mehr nöthig ſei, vielmehr behandeln ſie es mit Recht als eine Singularität, welche Dorotheus daraus rechtfertigt, daß den jur. Perſonen die **jura pupillorum** zuſtänden [12]). Aber wenn es auch darin ſingulär iſt, daß hier ohne alle Handlung die **agnitio** fingirt werden ſoll, ſo konnte es doch leicht auf den Gedanken führen, ob nicht auch im Allgemeinen, wenn wenigſtens eine Handlung der Erbantretung (**aditio** oder **pro her. gestio**) vorläge, darin in fingirter Weiſe (ἐσχηματισμένως) eine Agnition liege. Und dies fanden nun in der That die Scholiaſten durch **l. 8. C. qui admitti ad b. p.** und **l. 19. C. jure delib.** beſtätigt. Die erſtere ſagt, wenn man aus irgend einem Grunde die Friſt verſäumt habe, ſo ſolle das nichts ſchaden. Die zweite ſetzt, wie ſchon oben hervorgehoben wurde, bei allen Erbklaſſen entſchieden nur die **her. aditio** oder **pro herede gestio** voraus, und ſo ſagen denn die Scholiaſten gerade bei Gelegenheit jener **l. 8. cit.**, die Nachſuchung der **b. p.** ſei nicht mehr nöthig. Die Stelle von Thaleläus iſt freilich zweifelhaft [13]), ſie kann auch bloß heißen, daß nicht mehr die alte **petitio**, ſondern nur die neuere **agnitio** noch erforderlich ſei, aber wenn ſie in der That ein Zuſatz zu der **l. 8. C. cit.** iſt, ſo kann ſie dieſen Sinn nicht haben, ſon-

12) **Schol. ad Bas. XL. 1. l. 3. (Heimb. IV. p. 51 Nr. 4 u. 7).** Es iſt wohl zu bemerken, daß das **Schol. Nr. 6.** daſelbſt ſpäter iſt, als die Baſiliken, indem dieſe darin citirt werden, und ſo trägt es denn auch weſentlich anderes Recht vor, als die gleich auf Juſtinian folgenden Juriſten. (ſ. unten Note 26).

13) **Schol. ad Bas. XL. 1. l. 24. (Heimb. IV. p. 58 Nr. 2).** Con-

dern es liegt in ihr der Gedanke, daß die alte petitio deßhalb nicht mehr nöthig ſei, weil eine Verſäumung der Friſt nichts ſchaden ſolle, und natürlich galt dies denn auch bei der neuen formloſere Agnition, die die l. 9. an die Stelle geſetzt hat.

Deutlicher als dieſe Stelle iſt ſchon die andere danebenſtehende von Theodorus, obgleich auch ſie noch Zweifeln Raum läßt [14]). Man könnte nämlich auch hier meinen, ſie ſei eine bloße Erklärung der l. 9. C. qui admitti, ſagte alſo nur, die alte petitio ſei aufgehoben, und die agnitio an die Stelle getreten, ſo daß der Endſatz von manifeste an, lediglich eine weitere Erklärung deſſen wäre, was zu dieſer agnitio gehöre. Aber dagegen ſpricht, daß, wie man deutlich ſieht, die Stelle zur l. 8. geſchrieben worden iſt, und ſo erkennt man denn auch aus den Citaten (l. 14 u. 19. C. de jure deliberandi), daß Theodorus mehr ſagen will, als lediglich die Beſtimmungen der l. 9. C. qui admitti mittheilen. Er ſagt: die alte formelle petitio iſt aufgehoben, und man agnoscire jetzt die b. p. nach der l. 9. formlos vor einem Richter in beſtimmter Friſt. Dann aber kommt er auf die Frage, ob der bloße Erbſchaftsbeſitz auch ſchon genüge; er verneint dies, der bloße Beſitz ſei nicht das Entſcheidende, wie dies die l. 4. C. unde legit. und l. 14. C. de jur. delib. beweiſen, ſondern man müſſe daneben den entſchiedenen Willen zeigen, daß man die hereditas admittire, oder wie die l. 19. C. de jure del. ſagt: „aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem

stitutio non vult necessariam esse bonorum possessionum petitionem (αἴτησιν), qua jure veteri opus erat.

14) l. c. Schol. Theodori. Hodie petitio bonorum possessionum necessaria non est. Nam citra petitionem b. possessionis quisque successionem sibi competentem petit, scilicet intra praefinitum tempus, secundum const. 9 hujus tituli (daß dieſe Conſtitution hier noch beſonders citirt wird, zeigt daß die Stelle ſelbſt eine Anmerkung zur l. 8. war), quae dicit, cuilibet sufficere, si apud quemlibet judicem intra tempus bonorum possessionum testatus sit, se hereditatem ad ipsum pervenientem suscepisse. Manifeste tamen, ut ostendit const. 4 tit. 15 hujus lib. 6, quae ait, non videri hereditatem admisisse eum, qui res hereditarias possidet, sed omnino dicere debere eum, se et admittere. Legas enim const. 14 et 19 tit. 31 (muß nothwendig heißen 30) hujus libri.

inducit.“ Gerade weil hier die l. 19. citirt wird, ſehen wir, daß Theodorus nicht bloß das Recht der l. 9. C. **qui admitti** darſtellen will, ſondern daß er meint, man könne überhaupt die Erbſchaftsantretung noch neben der **b. possessionis agnitio** durch **pro herede gestio** vornehmen.

Dieſe Meinung, die, wenn wir bloß die bisher angeführten Stellen hätten, immerhin noch bezweifelt werden könnte, ſpricht denn auch Theodorus an zwei andern Stellen ganz unumwunden aus [15]), und da er das **hodie** (alſo das practiſche Recht) ſo unbedingt hervorhebt, ſo haben wir auch wohl nicht zu glauben, daß man darüber zu ſeiner Zeit noch Bedenken gehabt habe.

Hiernach war denn allerdings für die Baſilikenſcholiaſten eine wahre innere Verſchmelzung der **b. p.** und **hereditas** vorhanden. Die **b. possessionis agnitio** iſt zu einer beſonderen Form der **hereditatis aditio** herabgeſunken [16]), der man auch die anderen Formen der **hereditatis aditio** ſubſtituiren kann; die

---

15) Schol. ad Bas. XL. 9. l. 3. (Heimbach IV. p. 88) Memineris eorum, quae dixi ad constitutiones subjectas tit. 9 et 10 et 11 et 12 et 13 et 14 et 15 et 16 et 17 et 18 et 19 lib. 6. (Alſo überhaupt alle von der b. p. handelnden Codextitel). Verum ibi didicisti, bonorum possessionem hodie necessariam non esse. — Ferner in ſeinem Breviarium Novellarum ad Nov. 66. (Zachariae Anecdota p. 69). — Quaelibet lex de successoribus lata post II menses, ex quo in aliquo loco fuerit insinuata, valeat. Legas tit. 9 usque ad tit. 20 lib. VI. Codicis, et disces, quae circa bonorum possessiones obtinent; sciendum tamen, hodie non opus esse petitione in bonorum possessionibus secundum const. 8 dicti tit. 9 lib. VI. Codicis. Alſo auch hier bezieht er ſich auf die l. 8., und kann daher nicht die bloße Vereinfachung der Agnitionsform meinen. Wenn gleich nämlich die Scholiaſten in einem engeren Sinne die petitio (αἴτησις) der agnitio (ἐπίγνωσις) entgegenſetzen, ſo gebrauchen ſie doch gewöhnlich, wo es auf den Gegenſatz nicht ankommt, den erſteren Ausdruck im Sinne des letzteren.

16) So drückt es auch der Scholiaſt ad Bas. XLV. 5. l. 1 (Heimb. IV. 543. Nr. 1). (Stephanus)? Si enim se invicem heredes instituerint, qui illicite inter se conjuncti sunt, non possunt ad adeundum (εἰς τὸ ἀδιτεύειν) petere bonorum possessionem secundum tabulas.

b. p. selbſt iſt alſo nur noch in Bezug auf den hiſtoriſchen Urſprung aus der **Praetoria jurisdictio**, wie die Scholiaſten mehrfach hervorheben, von der **hereditas** (κληρονομία) unterſchieden. So konnte denn auch Thaleläus ſagen, daß das Cognationsrecht zur κληρονομία rufe [17]), ja ſogar, was beſonders intereſſant iſt, man brauchte ſich nicht zu ſcheuen, da wo der Juſtinianeiſche Text nur von κληρονομία ſprach, dafür das Wort **bonorum possessio** (διακατοχή) zu ſetzen [18]). Und ſo tragen denn die Scholiaſten die Lehre von der Erbantretung auch ſo vor, daß ſie die Agnition gar nicht mehr beſonders erwähnen, ſondern daß ſie nur die Antretung **verbis** und **re** unterſcheiden [19]), wobei denn aber offenbar die Agnition als eine formellere Erklärung zu der erſteren Klaſſe gehört. —

Hiebei darf aber freilich nicht unerwähnt bleiben, daß es in den Scholien eine Reihe von Stellen giebt, worin ganz klar geſagt zu ſein ſcheint, daß der in einer Prätoriſchen Erbklaſſe Gerufene nur durch Agnition der b. p. zur Erbſchaft gelangen könne [20]), was denn alſo in directem Gegenſatze mit den an-

17) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 44. (Heimb. IV. p. 502). Thalelaei. Si enim habet aliud jus cognationis, quod eam ad hereditatem (κληρονομίαν) vocat, recte eam vindicat.

18) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 9. Enantioph. (Heimb. IV. p. 474). Hoc tollit Novella 118, quae dicit, etiam filios, qui adoptantur, petere posse bonorum possessionem. (τὴν διακατοχὴν αἰτῆσαι).

19) Schol. ad Bas. XLI. 4. (Heimb. IV. p. 150. Nr. 9). Nosti, alios eorum, qui heredes existunt, verbis adire hereditatem, alios re tantum seu intentione, cum non dicant, se hereditatem adire, sed forte in aedibus hereditariis maneant, vel res hereditarias detineant, scientes se ad hereditatem vocari, vel cum servis hereditariis imperent, vel locent, vel vendant, vel permutent vel donent, vel generaliter res hereditarias alienent, vel servos hereditarios manumittant, vel testatorem sepeliant, neque antea testentur, se non quasi heredes seu alio jure justa ei facere, vel negotium alterius gerentes. Haec sunt exempla pro herede gestionis.

20) ſ. z. B. Schol. ad Bas. XL. 1. l. 18. (Heimb. IV. p. 56). Theodori. Intra centum dies utiles b. p. unde cognati petitur. Ferner ad XLV. 1. l. 28. (Heimb. IV. 489). Anonym. Cum enim jam sit cognatus, succedit jure praetorio, et omnino opus

deren Stellen zu stehen scheint, welche erklären, es bedürfe **hodie** keiner **b. p.** mehr. Indessen wird dies wohl für den, der sich etwas in den Ton der Basilikenscholiasten hineingelesen hat, nicht auffallend sein. Sie erklären alle Theile des **Corpus juris**, auch diejenigen, welche sie für unpractisch halten, und wenn sie nur von vorn herein hervorgehoben hatten, daß **hodie** diese Lehren nicht mehr anwendbar seien, so hatten sie ihrer Pflicht Genüge geleistet, und Niemand konnte sie dann eines Widerspruchs beschuldigen, wenn sie dann doch in diese Lehre weiter eingingen, ohne bei jedem Satze hervorzuheben, daß er unanwendbar sei. So wird die **nova clausula** noch weitläuftig erklärt, obgleich die Scholiasten wohl wissen, daß sie neben der Nov. 118. nicht mehr bestand [21]), so wird ebenfalls vielfach von der **c. t. b. p.** gesprochen, obgleich man allgemein annahm, daß sie durch die Nov. 115. aufgehoben sei [22]), endlich ist immer noch von den **cognati** bei manchen Stellen in der Weise die Rede, als wenn sie, um zu succediren, nothwendig der **b. p.** bedürften, während Niemand zweifelte, daß dies seit der Novelle 118. nicht mehr anwendbar sei [23]). In derselben Weise und mit noch viel mehr Recht konnte man denn auch von der Agnition und den Fristen der **b. p.** sprechen, denn man nahm sie ja gar nicht als aufgehoben an, sondern sagte nur, sie könne durch **pro herede gestio** ersetzt werden.

4. Nun aber fragt sich zuletzt, welchen inneren Erklärungsgrund die Scholiasten für diesen Satz gehabt haben. Die Agnition der **b. p.** noch immer als geltendes Recht anführen, und doch hinzufügen, sie sei nicht nöthig, sie lasse sich durch formlosere Handlungen ersetzen, das hat doch eigentlich keinen rechten Sinn. Nur dann wird es erst verständlich, wenn man annimmt, daß jetzt allerdings durch **pro herede gestio** aus

habet bonorum possessione, ut lib. 6 Codicis, tit. 15. const. 2 et 5. — s. ferner Note 6.

21) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 5 u. 6. (Heimbach IV. p. 471. 472).

22) s. b. Schol. ad Bas. XLI. 7. l. 1. (Heimb. IV. p. 163. Nr. 2.) u. ad Basil. XL. 3. l. 1. (Heimb. IV. p. 60).

23) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 11. (Heimb. IV. p. 475). Innomin. Quod de agnatis et cognatis dicitur, tollit Nov. 118 dicens, eos esse ejusdem ordinis.

jeder Erbklasse die Erbschaft erworben werden könne, daß aber doch an die Vornahme der formelleren Agnition vor dem Richter in bestimmter Frist noch besondere Vortheile geknüpft waren, welche man durch bloße **her. aditio** oder **pro her. gestio** nicht erlangte, und es also für civile wie Prätorische Erbklassen immerhin noch von Interesse war, sich der Prätorischen Antretung zu unterziehen.

Der Gedanke liegt sehr nahe, daß die Scholiasten als den allein aus der Prätorischen Antretung hervorgehenden Vortheil das **Int. quor. bon.** angegeben haben werden. Dies ist nun aber durchaus nicht der Fall, vielmehr behandeln sie dies Rechtsmittel als ganz identisch mit der **her. petitio**, sie vermögen sich nicht zu erklären, daß beide Rechtsmittel denselben Personen zustehend und gegen dieselben Beklagten (den **pro herede** und **pro poss. possessor**) gerichtet, noch wieder unter sich verschieden sein könnten [24]).

Es bleibt daher kaum wohl etwas Anderes übrig, als die Annahme, daß man die Agnition vor einem Richter immerhin deßhalb für gut und rathsam gehalten habe, um seinen Willen, die Erbschaft anzunehmen, als einen unzweifelhaften und sicheren bekannt werden zu lassen; aber ein besonderes Rechtsmittel, das man in Folge der Privatantretung nicht hätte, entspringt nicht weiter daraus, weder die petitorische **her. pet.**, denn diese bedarf nur der **pro herede gestio**, noch das Interdict, denn dies kennt man als ein von der **her. pet.** verschiedenes Rechtsmittel nicht mehr.

Schließlich muß ich nun noch an diese Theorie der Scholiasten mit wenigen Worten die Gestalt der **b. p.** in den Ba-

---

24) Schol. ad Bas. XL. 9. l. 3. (Heimb. IV. 88). **Theodori.** Qui probavit se filium alicujus esse, quique bonorum possessionem petiit, interdicto quorum bonorum **sive petitione hereditatis** experitur (*κινεῖ τὴν κουόρουμ βονόρουμ ἤτοι περὶ ἐκδικήσεως κληρονομίας*); ut enim const. 2 hujus tituli ostendit, quicunque bonorum possessionem petit, interdictum memoratum exercet adversus eum, qui pro herede vel pro possessore possidet. Es folgen dann die Note 15 citirten Worte.

ſiliken anknüpfen. Sie erklärt ſich daraus von ſelbſt. Es hat hier die b. p. alles Eigenthümliche abgeſtreift, und iſt wirklich ein mit dem Worte hereditas ganz identiſcher Ausdruck geworden. Danach wird das fr. 1. pr. quis ordo von Modeſtin folgendermaßen umgeſtaltet: **Primus eorum, qui ab intestato vocantur, gradus est descendentium, secundus adscendentium, tertius ex latere cognatorum, quartus viri et uxoris** [25]). Zur Antretung der b. p. bedarf es nichts als der her. aditio, die Agnition iſt ganz verſchwunden, oder wird vielmehr als identiſch mit der pro herede gestio erklärt [26]). Die Klage, die daraus hervorgeht, iſt die **vindicatio hereditatis**, (*ἐκδίκησις κληρονομίας*), ein Wort womit man ebenſo das **Int. quor. bon.** wie die **hereditatis petitio** zuſammenfaßte [27]). Weil alſo die Klage das Endreſultat der verlangten b. p. war, und in dem Worte *διακατοχή* doch mehr die Hindeutung auf die wirklich durchgeſetzte Beſitzergreifung liegt, ſo erklärt es ſich leicht, daß man die b. p. auch ganz gleichbedeutend mit dem daraus hervorgehenden Rechtsmittel nahm, und ſie ſchlechtweg *ἀγωγή* nannte [28]).

---

25) Bas. XLV. 2. l. 28. — In fr. 2. de interr. in jure, war vom heres und bonorum possessor die Rede. In den Baſiliken (XLII. 4. l. 2) wurde Letzteres, weil es ja doch eine Tautologie wäre, geſtrichen.

26) Schol. ad Bas. XL. l. l. 3. (Heimb. IV. p. 51. Nr. 6. ſ. oben Note 12). Bonorum possessio proprie sic dicta est, quae petita et a Praetore data est; non enim omnes bonorum possessiones sunt in petitione, sed sufficit et solum agnoscere, ut lib. 3 I. tit. 9. Agnoscere autem est ostendere judicium aliquod admissionis: quale est falsi agere adversus testamentum defuncti, vel curam alicujus eorum, quae ad defunctum pertinent, suscipere. Agnoscunt autem potestate subjecti etiam sine petitione, ut lib. 39. tit. 1. cap. 7. ubi et aliud argumentum agnitionis invenis.

27) Die Ueberſchrift des Titels der Baſ. XL. 9, worin vom Int. quor. bon. die Rede iſt, lautet: *περὶ τῆς τῶν πραγμάτων διακατοχῆς, καὶ περὶ ἐκδικήσεως κληρονομίας*; — und ebenſo heißt der von der her. pet. handelnde Titel (XLII. 1.) *περὶ ἀπαιτήσεως κληρονομίας, καὶ ἐκδικήσεως αὐτῆς*.

28) Der Titel der Baſil. (XLV. 2), der von der Succeſſion der Cognaten handelt, heißt: *ἀγωγή, ἣν ὁ νόμος τοῖς συγγενέσι δίδωσιν*;

§. 156. Kehren wir nun zu der Justinianeischen Compilation zurück, um mit ihr die Ansichten der Basilikenscholiasten zusammenzuhalten. Was zuerst die zweite der von uns aufgeworfenen Fragen betrifft, nämlich über die Stellung des Interdicts, so scheint es mir freilich höchst zweifelhaft, daß die Scholiasten hier das Richtige getroffen hätten. Das Interdict hatte im Laufe der Kaiserzeit mit der **missio Hadriana** gleichen Schrittes fortgelebt, und war um deswillen bei der testamentarischen Succession außer Uebung gekommen. Indem man nun die **missio** des Fortbestehens werth fand, so ist es nicht wahrscheinlich, daß man sich besonders hätte angelegen sein lassen, das Interdict als ein provisorisches Rechtsmittel aufzuheben, und mit der **her. pet.** als identisch zu verschmelzen. Ueberhaupt kann unsere Frage, wenn man besonnen zu Werke gehen will, doch nur in folgender Weise aufgefaßt werden. Ich glaube nachgewiesen zu haben, daß in der vorjustinianeischen Kaiserzeit das Interdict ein provisorisches Rechtsmittel war. Ferner ist es nun auch nicht zweifelhaft, daß es in die Justinianeische Compilation recipirt worden ist. Freilich will ich gar nicht behaupten, daß man sich dessen Natur vollkommen klar gemacht haben werde, und daß Jeder von Justi-

---

und der die b. p. unde vir et uxor enthaltende (**XLV. 5**): *ἀγωγὴ, δι' ἧς ὁ ἀνὴρ ἢ γυνὴ, συγγενῶν μὴ ὄντων, κληρονομοῦσιν ἀλλήλους.* — Uebrigens ist es nicht unmöglich, daß man neben dem ganz petitorischen Charakter, welchen man nach dem Gesagten der b. p. beilegte, doch auch zugleich den Gesichtspunkt des possessorischen Rechtes beibehielt, und annahm, Jedermann könne auch neben den gewöhnlichen Rechtsmitteln des Erbrechts eine missio in possessionem vom Richter verlangen. Hierauf scheint nämlich **Harmenopulus** zu deuten, welcher sagt (I. 3. de bon. poss.): **Bonorum possessio est jus apprehendendi patrimonii vel rerum, quae cujusque quum. moritur fuerunt. Bonorum possessio est, quum quis relinquit mihi hereditatem, et adeo Praetorem, ac peto, ut me mittat in possessionem, hoc est, heredem me faciat, bonaque mihi concedat. Movetur autem a cognatis, qui a latere veniunt intra centum dies, a descendentibus intra annum.** Nur hat man dies Recht auf missio nicht mehr Int. quor. bon. genannt (welches vielmehr in der vindicatio hereditatis ganz verschwunden war), sondern als ein eigenes selbständiges Recht aufgefaßt.

nians Arbeitern darüber gehörige Rechenschaft hätte ablegen können. Daß es sobald im Griechischen Rechte als ein von der **her. pet.** unterschiedenes Rechtsmittel vergessen worden ist, beweist doch jedenfalls, daß auch zu Justinians Zeiten kein großes practisches Lebensbedürfniß mehr dafür vorhanden gewesen sei. Und in der That ist es auch in anderen Klassen als der testamentarischen ein viel weniger nöthiges Rechtsmittel, so daß es durch die **missio Hadriana** das Hauptfeld seiner Anwendung verloren hatte. Aber Alles dies beweist doch nicht, daß Justinian es habe aufheben wollen; wäre er zu diesem Entschluß gelangt, so würde er ihn uns, namentlich bei Gelegenheit der **missio Hadriana**, nicht verhehlt haben. Vielmehr da wir ihn nichts thun sehen, als einige dürftige auf das Interdict bezügliche Stellen dem **Corp. juris** einverleiben, so ist doch die natürlichste Annahme, er habe es damit beim Alten lassen wollen. Wenn man es auch freilich damals wenig durchschauen, und von seiner practischen Brauchbarkeit geringe Vorstellung haben mogte, so ließ man's doch mit manchem Anderen durchpassiren; denn mehr als ein Durchpassiren-lassen mögte ich freilich die stiefmütterliche Aufnahme des Interdicts kaum nennen. Hat man doch so Manches, was nicht positiv unbrauchbar war, recipirt, wenn man auch von der positiven Brauchbarkeit keineswegs immer überzeugt war.

Jedenfalls muß man sagen, es liege kein Grund für die Annahme vor, daß Justinian dem Interdict seinen bisherigen Charakter habe entziehen wollen. Freilich findet sich die oben erörterte wichtige Bestimmung, daß die Appellation dabei ausgeschlossen sein solle, in der Compilation nicht, und wir müssen es dahin gestellt sein lassen, ob dies aus Absicht oder einem Uebersehen jener Constitution geschehen sei. Aber auch wenn wir Ersteres annehmen, so ist doch immer nur dieser eine Punkt hinweggefallen; daß Justinian dem Interdicte auch im Uebrigen sein eigenthümliches Wesen habe nehmen wollen, dafür beweist er nichts. Und wir besitzen ja auch einen entschiedenen Gegenbeweis, daß man es unmöglich für identisch mit der **her. pet.** hat nehmen können. Daß die **her. pet.** auch gegen die **debitores defuncti** gehe, war doch ein zu bekannter Satz, als daß selbst die Justinianeischen Compilatoren, wenn sie das

Interdict mit der **her. pet.** zusammenwerfen wollten, sich des Fehlers hätten schuldig machen können, unter den paar Stellen gerade das **fr. 2. quor. bon.** aufzunehmen, woraus der Unterschied des Interdicts von der **her. pet.** so unzweideutig hervorgeht.

Trotz dem also, daß wir annehmen müssen, das Interdict bestehe noch in der Justinianeischen Compilation, so ist es nun aber doch sehr erklärlich, daß die Griechischen Juristen es nichtsdestoweniger nicht mehr von der **her. pet.** zu unterscheiden wußten. Ich habe oben bemerkt, daß das Interdict der Ueberrest des possessorischen Elementes ist, welches früher die ganze **b. p.** durchdrungen hatte. Auch die spätere Kaiserzeit hielt daran fest, und daß sich die Gesetzgebung mehrfach mit dem Interdicte beschäftigte, zeigt, daß im practischen Leben das Rechtsmittel öfters benutzt worden sein muß. Nun aber ist das Interdict ein Institut, dessen ganze Existenz nicht lediglich von dem Bestehen der Rechtsregeln, sondern außerdem wesentlich von dem Bewußtsein des Volks abhängt, daß es ein brauchbares Rechtsmittel sei. Das Interdict ist kein für einen geregelten Rechtszustand unumgänglich nothwendiges Institut, aber freilich kann es je nach den Verhältnissen und wenn der Wunsch des Volks darauf gerichtet ist, sehr nützlich und gut in den gesammten Rechtszustand eingreifen. Wo aber umgekehrt das Bedürfniß des Volks nicht darauf gerichtet ist, und also Niemand es benutzt, da ist es todt, mögen auch in den Rechtsquellen noch so viel Rechtsregeln darüber verzeichnet sein. Und so ist es ihm denn auch in der That ergangen. Man bewahrte es sich anfangs noch als Verlassenschaft des possessorischen Elements der **b. p.**, aber nach und nach erstarb das Bedürfniß danach, und im Orient hat es sich vielleicht nie recht eingelebt. So wußten denn die griechischen Juristen mit dem todten Institute nichts Anderes anzufangen, als es mit der **her. pet.** zusammenzuwerfen, während, wie wir sehen werden, der Occident in den nachjustinianeischen Zeiten das Interdict wieder mit neuem Leben ergriff, so daß es sich bis auf unsere Tage bewahrt hat. —

Das Resultat aus dem Gesagten ist: Justinian hat das Interdict, obgleich es damals schon wenig genug benutzt werden

mogte, in der Gestalt bestehen lassen, die es in der vorhergehenden Kaiserzeit erhalten hatte. Hierin liegt namentlich der Hauptpunkt, daß es zur Geltendmachung des Interdicts nach Justinians Absicht noch immer der Agnition der **b. p.** bedürfen sollte. Die in das **Corp. juris** aufgenommenen Stellen (§. 153. Note 2.) lassen darüber keinen Zweifel, so wie denn auch darin kein Bedenken möglich ist, daß es ein Rechtsmittel für alle Erbklassen, Prätorische wie civile, sein sollte, sobald diese nur in der bestimmten Frist die **b. p.** agnoscirt hatten.

§. 157. Wir gehen jetzt zu der ersten der oben (§. 153.) aufgeworfenen Fragen zurück, welche Delations- und Acquisitionsregeln Justinian für das definitive Erbrecht, sei es **ex jure civili** oder **praetorio**, aufgestellt habe? Ich halte hier die Ansicht der Basilikenscholiasten, daß es der Agnition auch für die Prätorischen Erbklassen nicht mehr nothwendig bedürfe, sondern daß sie sich durch **pro herede gestio** ersetzen lasse, für durchaus richtig. Freilich daß mit der Aufnahme der **l. 8 C. qui admitti ad bonorum poss.** Justinian etwas Besonderes gewollt habe, läßt sich füglich bezweifeln, aber die Berufung der Scholiasten auf **l. 19 C. de jure deliberandi** ist eine vollkommene gerechtfertigte. Justinian zeigt hier wie in **l. 22 C. eod.** sehr deutlich, daß Jedem **extraneus** das civilrechtliche Antretungsrecht, welches durch das **spatium deliberandi** ein Ende erreichen kann, zustehe; und so konnten die Scholiasten sich auch mit Recht auf den §. 5. **I. de her. qual. et diff.** berufen, worin es ganz allgemein heißt: **extraneis heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda.** Daß dann im §. 7. **eod.** nur vom testamentarischen und **legitimus heres** die Rede ist, können wir daher nur als einzelne Beispiele ansehen, ohne daß Justinian damit vollständig alle die hätte angeben wollen, welche durch **pro her. gestio** oder formlose Willenserklärung antreten durften. Das **argumentum a contrario**, welches aus diesem § auf den ersten Anschein entnommen werden kann (s. oben §. 153. am Ende), fällt danach als unzulässig hinweg. Justinians Arbeiter haben hier ohne weitere Veränderung den Gaius (**II. 167.**)

abgeschrieben, und unrichtig war dies ja auch gar nicht, nur sehen wir aus den anderen Constitutionen Justinians, daß auch Anderen als dem **scriptus** und **legitimus heres** das Recht der **pro herede gestio** und **hereditatis aditio** zustehen sollte.

Was hiernach schon aus den in den Codex aufgenommenen Stellen zu entnehmen ist, stimmt nun auch vollkommen mit den Resultaten überein, die sich aus den Novellen ziehen lassen. In diesen wird nämlich die **b. p.** gar nicht mehr erwähnt, als nur die des Patrons [1]). Es ist erklärlich, daß Justinian für dies eigenthümliche Pflichttheilsrecht, das er schon früher in einer eigenen Constitution regulirt hatte, den alten Namen beibehielt. Und auch hier sind die Ausdrücke der Art, daß sie gar nicht auf die besondere Agnition der **b. p.**, sondern direct auf die Anstellung der Klage deuten (*τὴν διακατοχὴν κατασείων τε καὶ ἐπανατεινόμενος*). Bei allen übrigen Erbklassen aber ist auch nicht einmal von dem Namen der **b. p.** irgend eine Spur. Ja sogar einmal kommt etwas vor, was Justinian, wie er selbst sagt, aus dem Edict entlehnt. Wenn nämlich die Wittwe das Trauerjahr verletzt, so soll das ihr von einem Fremden Hinterlassene an dessen sonstige Erben fallen, dagegen das vom Manne selbst Hinterlassene den **decem personae** und in deren Ermangelung dem Fiscus zukommen [2]). Dabei wird nun aber nicht im Geringsten hervorgehoben, daß die **decem personae** die Erbschaft anders zu erwerben hätten, als die Uebrigen, während, wenn damals

1) Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. c. 12. §. 4. Beide Stellen sind gleichlautend. In der Osenbrüggenschen Uebersetzung ist die zweite, nicht aber die erste richtig übersetzt. Es muß nicht heißen ac veniant fortasse cognati vel manumissor, et bonorum possessionem moveant atque intendant, sondern: ac veniant fortasse cognati vel manumissor bonorum possessionem movens et sibi vindicans.

2) Nov. 22. cap. 22. pr. — Quae ab extraneis illi relicta sunt, ad alios venient, quae vero a priore marito, haec illi ablata pervenient ad decem personas marito, qui ea reliquit, cognatione junctas et edicto comprehensas, hoc est, ascendentes et descendentes, et collaterales usque ad secundum gradum, gradibus in suo ordine servandis; quibus non existentibus ad aerarium venient.

noch eine Agnition der b. p. für die Prätoriſchen Erbklaſſen nöthig geweſen wäre, Juſtinian es gewiß auch hier, wo er gerade in eigenthümlicher Weiſe das alte Recht der decem personae wieder hervorzieht, feſtgehalten hätte.

Demgemäß wird denn auch an mehren Stellen der civile Erbſchaftserwerb für ſämmtliche Erbklaſſen als die allgemeine Antretungsform anerkannt. In Nov. 1. cap. 1. §. 4. giebt Juſtinian allen Klaſſen das Recht κληρονομοὶ zu werden, und mit ausdrücklicher Beziehung auf die ältere Terminologie, die aditio und pro herede gestio vorzunehmen, wenn der Onerirte die ihm gemachte Auflage nicht erfüllen will. Alſo muß doch bei allen dieſen Klaſſen das Recht der aditio und pro herede gestio ſchon als beſtehend in dem Fall vorausgeſetzt werden, wenn ſie nicht erſt an die Stelle eines nachläſſigen Onerirten, ſondern gleich anfangs aus eigener Perſon gerufen ſind [3]). In Nov. 22. c. 46. iſt nur von dem κλῆρος d. h. hier der delata hereditas (εἴτε πρὸ τοῦ κλήρου εἴτε μετὰ τοῦτον), in Nov. 92. cap. 1. und Nov. 159 c. 1. u. 3. lediglich vom adire der hereditas (καταδέχεσθαι τὸν κλῆρον) die Rede. In Nov. 158. wird die l. 19. C. de jure delib. auch auf die impuberes ausgedehnt und dabei von Neuem anerkannt, daß die civilrechtliche Delation allgemein gelten ſolle, auch in dem vorliegenden Fall, wo das civilrechtliche Erbrecht der Nov. 118. noch nicht in Anwendung treten konnte [4]).

3) In omnibus vero casibus, quando supra scriptis non implentibus eos, qui vel in testamento scripti sunt, vel ab intestato veniunt, vel etiam reliquos vocamus, illis omnibus, ut heredes fiant, atque adeundi et pro herede gerendi (quae verba legis sunt), omniaque tanquam heredes agendi jus habeant concedimus etc. (δίδομεν ἅπασι τοῖς τοιούτοις προσώποις γίνεσθαι κληρονόμους, καὶ ἀδιτίονος ἤτοι pro herede gestionos ἔχειν δίκαιον (ταῦτα δὴ τὰ τοῦ νόμου ῥήματα.) Unter νόμος wird hier das ganze Geſetzbuch verſtanden, und damit alſo geſagt, die aditio und pro her. gest. ſei der allgemeine im Corpus juris feſtgeſtellte Weg, Erbe zu werden, was denn auch hier eintreten ſoll, wo man erſt an die Stelle des eigentlich berufenen Erben tritt.

4) Nov. 158 Praef. in fin. — quum etiam lex in Codice, qui a nobis nomen habet, posita sit, quae jubeat eum, qui fari possit, maternam quoque hereditatem recte acquirere, et rursus aliam legem posuerimus, quae vult ut si quis hereditate

So erklärt es sich vollkommen, daß die einzigen in den Novellen vorkommenden Worte, welche, definitives Erbrecht bezeichnend, unter sich ganz gleichbedeutend sind, und gleichmäßig die civilen wie prätorischen Klassen umfassen, — die beiden Ausdrücke κληρονομία (**hereditas**) und διαδοχή (**successio**) sind [5]). So kommt es, daß Justinian folgende Ausdrücke gebrauchen kann: von den Descendenten: ἐκ τοῦ νόμου καλούμενοι (**Nov. 53. c. 6.**) und εἰς τὴν πατρῴαν καλεῖσθαι κληρονομίαν (**Nov. 117. c. 5.**), von den Eltern: κληρονομοῦσιν (**Nov. 22. c. 25.**), daß er in der Novelle 118. nirgends ausspricht, er habe dadurch die drei ersten Intestatklassen der **b. p.** aufgehoben, sondern er selbst nur von ihr sagt, es seien dadurch die zwei bisher hintereinander stehenden Klassen der Agnaten und Cognaten zusammengeworfen (s. Note 4.). So wird denn auch das Erbrecht der Cognaten schon vor Nov. 118. κληρονομία genannt (**Nov. 22. cap. 22. §. 1.**), ja alle Intestaterben heißen bald διάδοχοι bald κληρονόμοι (**Nov. 22. c. 26.**). Und endlich möge als die letzte Bemerkung hier noch

sibi delata, antequam eam vindicet vel contrariam de ea ostendat sententiam, moriatur, ad heredes suos de hac hereditate jus deliberandi transmittat. Legem enim nuper a nobis latam quae agnatis et cognatis eundem in hereditatibus locum concedat, in hoc casu locum non habere, quum antiquior sit eo die, ex quo lex valere jussa est.

5) Eine vollständige Uebersicht über die Verbindungen, in denen diese beiden Wörter in den Novellen vorkommen, wird man aus der Vergleichung folgender Stellen entnehmen können: Nov. 7. c. 3. §. 2. — Nov. 12. c. 2. 3. 4. — Nov. 15. praef. — Nov. 22. c. 24. c. 29. §. 1. c. 39. c. 39. c. 44. §. 7. u. 9. c. 45. §. 1. c. 46. §. 1. u. 2. c. 47. — Nov. 38. c. 1. u. 2. — Nov. 40. c. 1. §. 1. — Nov. 48. pr. c. 1. — Nov. 51. c. 1. — Nov. 53. c. 5. u. 6. — Nov. 57. c. 1. — Nov. 60 c. 1. — Nov. 61. c. 1. §. 3. — Nov. 66. c. 1. pr. Nov. 68. — Nov. 72. c. 2. — Nov. 84. praef. §. 1. c. 2. — Nov. 89. praef. c. 2—4. c. 6. c. 8. c. 12. — Nov. 98. c. 1. — Nov. 100. c. 1. — Nov. 101. Praef. c. 1. u. 2. — Nov. 108. Praef. — Nov. 112. c. 1. — Nov. 117. c. 5. u. 7. — Nov. 119. c. 6. u. 11. — Nov. 120. c. 1. u. 6. — Nov. 123. c. 18. — Nov. 131. c. 7. 9. 11. — Nov. 136 c. 3. 5. — Nov. 139. Praef. — Nov. 144. c. 2. — Nov. 159. praef. c. 3. — Nov. 164. — Nov. 166.

angeführt werden, daß, als Justinian auf die Armenier das Römische Erbrecht übertrug (**Nov. 21.**), und bestimmte, die Frauen sollten, ebenso wie die Männer, ihre Eltern, Geschwister und Cognaten beerben können, natürlich von **bon. poss.** nirgends eine Spur ist, sondern Alles mit den unter sich gleichbedeutenden Ausdrücken *διαδοχὴ* und *κληρονομία* abgethan wird, obgleich er sie noch ganz besonders auf Institutionen, Digesten und Codex verweist.

§. 158. Es kann hiernach wohl nicht bezweifelt werden, daß Justinian in seinen vor und nach den Institutionen erlassenen Constitutionen des Codex so wie in seinen Novellen die Agnition der **b. p.** auch für die prätorischen Erbklassen nicht für eine nothwendige Bedingung zur Erlangung des definitiven Erbrechts hält, sondern allen Klassen gleichmäßig das Recht der **her. aditio** und **pro herede gestio** zugesteht. Und nun sollte dies dennoch aus der Reception der von der Agnition handelnden Digesten- und Codexstellen, und aus seinen eigenen Worten in den Institutionen gefolgert werden müssen? Ich glaube kaum, daß wir zu dieser Annahme, die also die Compilatoren des directesten Widerspruchs zeihen würde, gezwungen sind.

Die Reception der Agnitionsregeln in Digesten und Codex rechtfertigt sich zuförderst schon aus demselben Grunde, der, wie oben hervorgehoben wurde, auch den Basilikenscholiasten vorgeschwebt haben wird. Es war immerhin wünschenswerth, daß die Erbschaft sobald wie möglich vor dem Richter angetreten werde, man konnte also jene Regeln recht wohl als eine Anmahnung an den Einzelnen bestehen lassen, daß er aus seinem eigenen Interesse rasch seinen Willen auf bequeme Weise constatire und vor dem Richter außer Zweifel setze. Freilich würde uns eine in diesem Sinne heutzutage erlassene Rechtsregel lächerlich vorkommen, aber man möge bedenken, daß es sich hier nicht um Einführung von etwas Neuem, sondern um Bestehenlassen von etwas Altem, in der Sitte Hergebrachtem, handelt [1]), wobei ein derartiger wenn auch schwa-

1) Es ist ebenso, wie früher mit der cretio, die noch immer als all-

cher Grund schon viel eher in Betracht kommen konnte. Dazu aber kommt noch ein anderer Umstand, der von viel entschiedenerer Wichtigkeit ist. Die **bon. poss.** hatte in der klassischen Juristenzeit mehre Nebeninstitute bekommen, welche ihrem eigentlichen Gebiete nicht angehörten, aber doch vielfach darein verschlungen waren. Diese bestanden auch jetzt noch fort, und zwar, eben weil sie in sich selbst eine eigenthümliche Basis hatten, waren sie auch von den großen Umgestaltungen des ganzen Systems wenig betroffen worden. Sie waren von jeher der Regel unterworfen, daß dabei eine Erbittung vom Richter nöthig sei, und ihre Natur brachte es mit sich, daß dies auch, nachdem die regulären Prätorischen Erbklassen jetzt davon befreit wurden, bestehen blieb. Ich meine nämlich die **b. p. Carboniana**, ferner die **missio ventris nomine**, die, wenn auch eine reine **missio**, doch aus mehr als einem Grunde hieher gerechnet werden konnte. Endlich die **b. p. furiosi nomine**, welche Justinian noch besonders durch eine Constitution festgestellt hat. Ich habe hierauf noch nicht weiter einzugehen, muß aber schon das wenigstens hervorheben, daß Justinian bei der letzteren ausdrücklich darauf hinweist, es solle die Agnitionsform, so wie sie im neueren Recht festgestellt war, keineswegs versäumt werden [1a]).

Mit diesen Gründen läßt sich die Reception der Agnitionsregeln schon allenfalls erklären, aber für das volle Verständniß der in den Institutionen enthaltenen Darstellung der **b. p.** sind sie freilich nicht genügend. Und so giebt es denn auch in der That noch einen anderen Grund, den wir aus den Institutionen selbst entnehmen können, und der erst vollständig die Anerkennung der Agnition in Pandekten, Institutionen und Codex ins rechte Licht zu setzen vermag. Wir müssen jetzt, um ihn darzulegen, die Abfassungsweise der Institutionen genauer prüfen.

Bereits v. Löhr [2]) hebt sehr richtig die eigenthümliche Durcharbeitung hervor, welche in den einzelnen Titeln der Instituti-

gemeine Antretungsform mit aufgeführt wurde (Gai. II. 167), obgleich sie durch die pro her. gestio ersetzt werden konnte.

1a) l. 7. §. 3 C. de curat. furiosi.

2) In seinem Magazin III. S. 350. 351.

onen das ganze Erbrecht erfährt. Schon der erste Blick lehrt es, daß keineswegs bis zum achten Titel des dritten Buches bloß vom Civilrecht die Rede ist, und dann erst im neunten Titel (**de bon. poss.**) das ganze Prätorische Erbrecht abgesondert dargestellt würde, sondern das Prätorische Recht ist, so weit es Justinian anerkennen will, in alle vorhergehenden Titel schon einrangirt worden, woraus denn erhellt, was nachher noch weiter geprüft werden soll, daß der Titel **de bon. poss.** nur eine Gesammtrecapitulation des Vorhergehenden ist, die dazu dient, die Bedeutung aller einzelnen Theile des Prätorischen Rechtes zur klaren Anschauung zu bringen. Fassen wir genauer die Titel, in denen die einzelnen Erbklassen dargestellt werden, ins Auge, so finden wir sie regelmäßig aus drei Elementen ganz unverkennbar zusammengesetzt, und es fehlt nicht an sehr deutlichen Nebenbemerkungen Justinians, wie er sich das Verhältniß dieser drei zu einander denkt. Er hebt nämlich immer zuerst das alte **jus civile**, dann das Prätorische Recht hervor, und schließt mit den späteren Constitutionen, wobei denn genauer ausgeführt wird, was man von jenen beiden Theilen habe bestehen lassen, und was daran verändert worden sei.

1. Die testamentarische Succession beginnt im Titel **de testam. ord. (II. 10.)** die Reihenfolge. Hier wird im §. 1. das Civiltestament, im §. 2. das Prätorische dargestellt, dann heißt es im §. 3., das **jus civile** und **praetorium** habe allmählig angefangen **in unam consonantiam jungi**, theils durch Gewohnheitsrecht theils durch Kaiserconstitutionen, und so seien denn, auch in dem practischen Rechte der Testamente die drei Elemente zu erkennen (**ut hoc jus tripertitum esse videatur**). Der übrige Theil des Titels ist dann der weiteren Darstellung dieses practischen Rechtes überlassen, woran sich auch die folgenden beiden Titel anschließen.

2. Im 13. Titel gehen darauf die Institutionen zum Inhalte der Testamente über, worin ganz ähnlich wie in den Pandekten das Notherbenrecht, die Erbeseinsetzungen und was dem gleich steht (nebenbei auch von der Antretung der Erben), und zuletzt die Legate und Fideicommisse aneinander gereiht werden. Bei den Erbeinsetzungen und Ver-

mächtniſſen finden ſich immer nur die zwei Elemente des alten Civilrechts und der es etwa ſpäter modificirenden Conſtitutionen, aus dem ſehr einfachen Grunde, weil hier das Prätoriſche Recht nicht eingegriffen hat. Aber dies gewährt uns zugleich einen Schluß in Beziehung auf die an die Erbeinſetzungen angeknüpfte Lehre von der Erbantretung. Hier hätte Juſtinian allerdings einſchlagendes Prätoriſches Recht darzuſtellen gehabt, und doch thut er es nicht; er ſpricht nur von dem Erwerbe der **sui**, und der civilrechtlichen Antretung der **extranei**, er erwähnt nur das alte Civilrecht und die neueren ſich darauf beziehenden Conſtitutionen. Er citirt die **l. 22. C. de jure del.** als ein **commune omnibus subjectis** gegebenes **beneficium**, und eben in dieſer **l. 22.** wird ſo gut wie in der **l. 19. C. de jure del.** die civilrechtliche Erbantretung als allgemeines Recht aller Erbklaſſen vorausgeſetzt. Was hat alſo die Auslaſſung, des Prätoriſchen Antretungsrechtes zu bedeuten? Wir können nicht antworten, Juſtinian wolle hier bloß vom Civilrecht ſprechen, das Prätoriſche folge im Titel **de bon. poss.** Er will ſo offenbar in allen dieſem Titel vorausgehenden Lehren ſchon das ganze practiſche aus verſchiedenen Elementen zuſammengeſchmolzene Erbrecht darſtellen, und deßhalb fehlt auch gerade im Titel **de her. qual. et diff.** bei den **sui** das Prätoriſche **beneficium abstinendi** nicht. Daß daher dann bei den **extranei** das Prätoriſche Rechtselement weggelaſſen iſt, ſtimmt vollkommen mit dem überein, was wir ſchon aus **l. 19.** u. **22. C. de jure delib.** und aus ſämmtlichen Novellen erſehen haben. Juſtinian nimmt die civilrechtliche Antretung als genügend für alles definitve Erbewerben an, und ganz dieſelbe Bedeutung hat auch der an die Erbeinſetzungen ſich anſchließende Pandektentitel **de acq. vel om. her.** — Während alſo in den Lehren von den Einſetzungen, dem Erbewerben, den Vermächtniſſen das Element des Prätoriſchen Rechts fehlt, weil es entweder gar nicht vorhanden war, oder jetzt nicht mehr für nöthig gehalten wurde, ſo treten dagegen in jener erſten Lehre, auf die der Inhalt der Teſtamente führte, dem Notherbenrechte, unſere drei Elemente wieder ebenſo ſo klar als im Titel **de test. ord.** hervor. Der Titel **de exher. liber.** handelt nur vom formellen N. E. R., und am Ende deſſelben wird denn

gleich auf das materielle verwiesen. Ich weiß nicht, aus welchem Grunde man daher nicht auch gleich den Titel **de inoff. test.** auf den **de exher. liber.** hat folgen lassen. In das Inofficiositätsrecht hat bekanntlich der Prätor nicht eingegriffen, die **c. t. b. p.** gehört dem formellen N. E. R. an. Daher interessirt uns hier nur der Titel **de exher. liber.** Bis zum §. 2 **incl.** ist vom alten Civilrecht die Rede, vom §. 3. an beginnt das Prätorische Recht, und mit dem §. 5. geht dann Justinian mit den Worten **sed haec quidem vetustas introducebat** auf das neuere Recht über, wie es durch die **l. 4. C. de lib. praet.** festgestellt worden war. Die Worte dieses §. 5. haben ganz denselben Sinn, wie jene: **ut hoc jus tripertitum esse videatur.** Für alle **sui** soll in Zukunft das Recht des **filius suus,** für die **emancipati** die Regeln der **c. t. b. p.** bestehen, aber daß bei Beiden Justinian noch einen Unterschied in Beziehung auf die Geltendmachung des Notherbenrechts und die Einforderung der Erbschaft habe machen wollen, ist schwer zu glauben. Justinian bezeichnet es sowohl für **sui** wie **emancipati** mit dem Ausdruck **auferre hereditatem** [3]). Das Testament soll nach den Regeln, wie sie das Civilrecht für die **sui** und das Prätorische für die **emancipati** vorschreibt, infirmirt sein, und das **auferre hereditatem** heißt dem einfachsten Wortsinne nach, Nichts als: sie können die **her. pet.** anstellen, also **sui** wie **emancipati** können allerdings **b. p.** agnosciren, aber nöthig ist es nicht. Justinian faßt offenbar das Notherbenrecht der **sui** und **emancipati** als eine einzige Erbklasse auf, und das konnte in der That erst dann recht geschehen, wenn Beiden ein gleicher Weg der Realisirung ihres Rechts offen stand. Also auch hier ist nicht geradezu gesagt, die **emancipati** bedürften der Agnition nicht, aber die Darstellung steht wenigstens in keinem Widerspruch mit dem, was uns Justinians Codergesetze und Novellen anzunehmen zwingen.

3) Die Inteſtatſucceſſion beginnt mit dem dritten Buche.

3) ut omnes, sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent.

Im ersten Titel ist von der Klasse der Descendenten die Rede, wiederum nach unseren drei Theilen. Bis zum §. 8 das alte Civilrecht der **sui**; von §. 9—13 das Prätorische der **b. p. unde liberi**. Vom §. 14 an, wieder mit den Worten: **sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt**, die Aufnahme jener beiden Theile ins neuere Recht. Ebenso trennt Justinian in dem zweiten Titel **de legitima agnatorum successione** das älteste Recht (bis §. 2) von den Verbesserungsversuchen des Prätors (§. 3), bis er dann mit den Worten: **nos vero legem XII. tab. sequentes** seine Ansichten vorbringt; als ein Theil dieser zweiten Intestatklasse erscheinen die folgenden beiden Titel. Der fünfte Titel enthält sodann die dritte Intestatklasse, die Cognaten, und konnte natürlich nur die Grundsätze des Prätorischen Rechtes enthalten mit unbedeutenden Veränderungen der späteren Kaiser. Aber es ist wohl zu bemerken, daß ebensowenig wie der erste Titel die Ueberschrift **de bon. possessione unde liberi** und der zweite **unde agnati** führt, so auch hier der fünfte keineswegs **unde cognati**, sondern **de successione cognatorum** heißt. Die vierte Klasse, die der Ehegatten fehlt nun, was nachher erklärt werden soll. Wir müssen aber noch einmal zurückblicken zu jenen ersten drei Klassen, und der Art, wie Justinian ihre Aufeinanderfolge darstellt. Es ist dies von besonderem Interesse. Das **pr. I. de leg. agn. succ.** sagt:

> **Si nemo suus heres** (das sind also die vom *alten Civilrecht* Gerufenen) **vel eorum quos inter suos heredes Praetor vel Constitutiones vocant, exstat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege XII. tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.**

Justinian hebt hier die drei in der ersten Klasse vorhandenen historischen Elemente genau hervor, aber ist es nicht einleuchtend, daß er sie Alle als eine einzige innerlich völlig verschmolzene Klasse auffaßt, daß er auch hier meint, das **jus civile** und **Praetorium** sei **in unam consonantiam** zusammengekommen? Er spricht von der *civilrechtlichen Delation* der Erbschaft, diese geschähe an die Agnaten (**pertinet hereditas**) erst wenn aus der ersten Klasse Niemand vorhanden sei, der

die **successio** ergreife; alſo auch wenn in der erſten Klaſſe nur ein **emancipatus** ſteht, ſo wird die **hereditas** noch nicht dem Agnaten deferirt; es wäre unnatürlich anzunehmen, daß nun alſo Juſtinian nicht meinen ſollte, ſie werde vorher dem **emancipatus** deferirt, daß er alſo hier nicht **successio** (*διαδοχὴ*) mit **hereditas** (*κληρονομία*) vollkommen gleichbedeutend nähme, wie er dies doch nach meiner obigen Weiſung in den Novellen entſchieden thut. Und er hebt es noch ſo beſonders hervor, daß man **quoquo modo** die **successio** erwerben könne, womit ſehr deutlich auf verſchiedene Wege der Erbantretung gedeutet wird, die ſich alle vollkommen gleichſtehen ſollen. — In ganz gleichem Sinn wird dann im **pr. I. de succ. cogn.** die Cognatenklaſſe an die der Agnaten angeknüpft:

> **Post suos heredes eosque, quos inter suos heredes Praetor et Constitutiones vocant, et post legitimos (quorum numero sunt agnati et hi, quos in locum agnatorum tam supradicta Senatusconsulta quam nostra erexit Constitutio) proximos cognatos Praetor vocat, qua parte naturalis cognatio spectatur.**

Indem Juſtinian hier die beiden vorhergehenden Klaſſen nochmals wiederholt, zeigt er, daß dieſe dritte vom Prätor erfundene Klaſſe ſich ebenſo an die zweite anſchließen ſoll, wie dieſe (aus den 12 Taf. herſtammend) an die erſte angeknüpft wird. Die practiſche Geltung aller drei ſoll vollkommen gleich ſein, mögen ſie hiſtoriſch aus der einen oder anderen Quelle entſprungen ſein [4]). Sie ſind alleſammt zu Civilrecht von Juſti-

---

4) Dies geht auch aus der Recapitulation aller drei Klaſſen in §. 11. u. 12. I. de gradibus cogn. hervor: — quum enim prima causa sit suorum heredum et eorum, quos inter suos heredes jam enumeravimus; — Amotis quoque suis heredibus et quos inter suos heredes vocari diximus, agnatus, qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus; — — Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quoties neque suorum heredum jure, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis praeferri debeat secundum ea, quae tradidimus.

nian zusammengeschmolzen [5]), und stehen ebenso wie die Klasse der testamentarischen, und der formellen Notherben, denn namentlich in Beziehung auf Letztere wird doch Niemand bezweifeln, daß Justinian die **sui** und **emancipati** im Notherbenrechte nicht anders gestellt wissen will, als in der ersten Intestatklasse.

§. 159. Schreiten wir jetzt fort zur genaueren Betrachtung des Institutionentitels **de bon. possessionibus.** Ich glaube, es kann keinem unbefangenen Leser entgehen, daß derselbe aus drei sich wesentlich von einander trennenden Theilen besteht [1]). Der erste umfaßt das **Princ.** und die ersten drei Paragraphen; er ist eine kurze historische Uebersicht über das frühere Prätorische Recht, dessen Entstehung und weitere Ausbildung. Justinian schließt diesen Abschnitt im §. 4 unverkennbar mit den Worten: **Sed eas quidem Praetoria introduxit jurisdictio; a nobis tamen etc.**, und beginnt nun (bis zum §. 7 **incl.**) die Darstellung der Prätorischen Erbklassen, welche er in das practische Recht recipirt habe. Mit dem §. 8 aber knüpft er wieder an die frühere historische Darstellung an, er erzählt die Entstehungsgründe des **successorium edictum** (s. Bd. I. S. 84), welches er nun auch zugleich nebst den für alle Klassen geltenden Vorschriften über die Fristen und die Agnitionsform der **b. p.** als geltendes Recht hinstellt. Mit diesem §. 8 also, der die allgemeinen sich auf alle Klassen der **b. p.** beziehenden Sätze enthält, beginnt der dritte Abschnitt. Wir haben uns nun den Inhalt dieser drei Abschnitte noch näher vor Augen zu stellen.

5) Nur hiedurch scheint mir erklärt werden zu können, was ich oben schon beiläufig erwähnte, daß Justinian gar nicht mehr in Nov. 118 davon spricht, er hebe die drei Intestatklassen des Prätorischen Rechtes auf, und setze civilrechtliche an die Stelle, sondern daß er lediglich es so auffaßt, er wolle den Vorzug der Agnation vor der Cognation vertilgen (s. auch §. 157. Note 4). Civilrechtliche Klassen waren es auch schon vor der Nov. 118. gewesen.

1) Dies hebt auch v. Löhr Magazin III. S. 352 hervor, nur daß er den §. 3. nicht zum ersten, sondern zum zweiten Abschnitte rechnet, was mir aber Justinians eigene Worte sehr deutlich zu widerlegen scheinen.

1) Erster Abschnitt. Die **b. p.**, sagt Justinian, sei zur Emendation des Civilrechts eingeführt; und diese Emendationen zeigten sich nicht bloß im Intestaterbrecht, von denen schon in vorhergehenden Titeln die Rede war, sondern auch in der testamentarischen Succession; es sei nämlich durch den Prätor die Institution der **postumi alieni** möglich geworden. Gleich die Art, wie dies ausgedrückt wird, ist für uns von Interesse. Justinian sagt, der **postumus alienus** habe die **hereditas** nicht **jure civili** antreten können. Er setzt dann hinzu: **sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.** — Dies ist die einzige Emendation, die bei der testamentarischen Succession angeführt wird, und indem nun gesagt wird, auch diese sei ins Civilrecht aufgenommen, liegt dabei nicht der Gedanke im Hintergrunde, die übrigen Theile der **sec. tab. b. p.** seien ebenfalls dem Civilrecht nicht mehr unbekannt? [1a]). Daß in der That so der Gedankengang Justinians war, sieht man aus dem Folgenden, indem er nun gleich (§. 1) hervorhebt, es gebe auch einige Theile der **b. p.**, in denen von Anfang an der Prätor mit dem Civilrecht übereingestimmt habe. Im §. 2. kehrt dann der Institutionenverfasser zu denen zurück, welche der **Praetor solus vocat ad hereditatem** (also zu den emendirenden und correctorischen Klassen), um die juristische Bedeutung, welche diese gehabt hätten, kurz zu erklären; **heredes** seien sie nicht gewesen, denn **heredes** könnten nur durch **leges, Scta** und kaiserliche Constitutionen gemacht werden. Uebrigens seien die im Bisherigen schon erwähnten Klassen nicht die einzigen vom Prätor neu aufgestellten; der Prätor habe gar vielfach Gelegenheit gehabt, das alte enge Recht zu erweitern. So findet denn Justinian es passend, eine vollständige Ueber-

1a) Denselben Sinn haben nun auch in der Justinianeischen Compilation die Worte der l. 19. C. de testam. **omnia quae scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super b. possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur.** Der im test. princ. oblatum Eingesetzte soll gerade so stehen, wie alle übrigen scripti heredes (s. §. 138), daraus folgt aber doch, daß alle scripti heredes der Agnition der b. p. überhoben sind.

ſicht aller vom Prätor aufgeſtellten Klaſſen (im §. 3.) zu geben.

2) Zweiter Abſchnitt. Hierauf geht Juſtinian zum practiſchen Rechte über [2]), und dies iſt uns von ganz beſonderem Intereſſe, um urtheilen zu können, ob denn in der That die Inſtitutionen dem, was wir aus dem Codex und den Novellen geſchöpft haben, widerſprechen. Die uns intereſſirenden Worte ſind folgende:

> **Sed eas quidem Praetoria introduxit jurisdictio; a nobis tamen nihil incuriosum praetermissum est, sed nostris Constitutionibus omnia corrigentes contra tabulas quidem et secundum tabulas bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato Unde liberi, et Unde legitimi bonorum possessiones.** Nachdem dann die b. p. der **decem personae** für aufgehoben erklärt wird, ſchließt er den §. 4. mit den Worten: **et quintam fecimus, quam Praetor proximis cognatis pollicetur.** Im §. 5 iſt darauf von den ſich auf das Patronatrecht beziehenden Klaſſen die Rede, was Alles durch ſeine darüber erlaſſene Conſtitution weggefallen ſei. §. 6. **Aliam vero bonorum possessionem, quae unde vir et uxor appellatur, et nono loco inter veteres b. possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus et altiore loco, id est sexto eam posuimus, — — —, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariae permaneant suo vigore pollentes.** Der §. 7. handelt zuletzt noch von der extraordinären Klaſſe **quibus ex legibus.**

Es ſind freilich mancherlei Bedenken, die ſich bei dieſer Darſtellung erheben. Wir wollen ſehen, ob ſie ſich alle befriedigend löſen laſſen. Zuerſt fällt wohl einem Jeden die conſtante Wie-

2) Wenn v. Löhr a. a. O. ſagt: „eine eigentliche Darſtellung des Geltenden mangelt ganz (man müßte die Erwähnung der b. p. ex edicto unde vir et uxor dahin zählen wollen“), ſo verſtehe ich dies nicht recht. Wenn es heißen ſoll, Juſtinian wolle nur eine Ueberſicht, nicht eine tiefer eingehende Entwicklung des Geltenden geben, ſo ſtimme ich ganz bei.

derholung der Perfecta auf, woraus mit Sicherheit der Schluß gezogen werden darf, daß Justinian nicht erst hier in den Institutionen etwas Neues anordnen will, sondern daß er die gesammte Umgestaltung der **b. p.** für das practische Recht schon früher vorgenommen hat. Er will hier nur sämmtliche Theile seiner sich auf die **b. p.** beziehenden Gesetzgebung noch einmal übersichtlich zusammenstellen, damit dies die Stelle eines die ganze Lehre mit einem Male regulirenden Collectivgesetzes vertrete [3]).

Nun aber fragen wir: wo ist denn diese dem Institutionenverfasser vorliegende Gesetzgebung, die nach seinen Worten (**omnia corrigentes**) als eine sehr tief eingreifende dargestellt wird? Ein einzelnes Gesetz, das uns verloren gegangen wäre, können wir unmöglich, wie ich schon oben bemerkte, annehmen. Unsere Stelle spricht ganz dagegen. Durch eine Mehrheit von Constitutionen (**nostris Constitutionibus**) heißt es, sei Alles corrigirt worden. Aber wenn sich auch einzelne Klassen der **b. p.** und deren Umgestaltung durch Justinian in besonderen Constitutionen nachweisen lassen, so ist das nimmermehr von allen z. B. der **b. p. unde cognati** und **unde vir et uxor** möglich, und auch hier die Voraussetzung eines Verlustes Justinianeischer Gesetze gänzlich unwahrscheinlich.

Man könnte daher denken, das Perfectum beziehe sich auf die eben vorhergehende Darstellung der Institutionen; dort habe Justinian die Zusammenschmelzung des Prätorischen mit dem übrigen Rechte durchgeführt, und so hebe er dies jetzt nachträglich in diesem Anhangstitel, nur noch einmal hervor, um alle Mißverständnisse abzuschneiden. Aber dann müßte man den Ausdruck **nostris Constitutionibus** doch sehr uneigentlich verstehen, ferner steht entgegen, daß auch gerade schon in den voraufgehenden Institutionentiteln die Verschmelzung des Prätorischen Rechts mit dem Civilrecht als etwas Vergangenes nicht erst jetzt Angeordnetes dargestellt wird, und endlich paßt diese Erklärung auch gar nicht auf die **b. p. unde vir et uxor**, die im Bisherigen gar nicht erwähnt war, und von der es nun doch hier heißt: **servavimus, posuimus.**

Wir werden also zur Erklärung unseres Satzes noch wei-

3) s. Bd. I. Einleitung S. XI.

ter zurückgewiesen, und müssen prüfen, in welcher Gestalt die b. p. in den Justinianeischen Codex recipirt worden ist, dessen Anordnung damals gewiß nicht anders gewesen sein wird, als sie in dem **Codex repetitae praelectionis** vor uns liegt. Die b. p. nimmt hier im sechsten Buche die Titel 9—19 ein, und in der That trifft es nun vollkommen zu, daß die im Codex in eigenen Titeln recipirten Klassen genau die sechs in den Institutionen aufgezählten sind. Ja noch mehr. Ein Titel über die b. p. **ex legibus** fehlt, und damit stimmt es ganz zusammen, daß in den Institutionen in dem davon handelnden §. 7. ein auf die Constitutionen verweisendes Perfectum augenscheinlich vermieden ist, so daß dies wie eine neue Reception sich darstellt, für die dann noch gleichzeitig in den Pandekten ein correspondirender Titel gemacht wurde.

Justinian also meint, wie wir wohl nicht bezweifeln dürfen, mit den Worten **nostris Constitutionibus omnia corrigentes** theils allerdings seine eigenen hie und da eingreifenden Constitutionen, theils aber setzt er auch überhaupt in die Aufnahme im Codex einen Gesammtgrund für die Correction der b. p. Nun habe ich oben schon bemerkt (§. 153.), daß an und für sich die Aufnahme der b. p. in die Compilation sie, wenn man das so nennen will, zu Civilrecht gemacht hat, daß aber, wenn Justinian nicht bloß die Prätorischen Erbklassen, sondern auch deren eigenthümliche Delations- und Acquisitionsregeln mit aufgenommen hätte, in der Stellung der b. p. zum bisherigen Civilrecht nichts verändert sein würde. Etwas ganz Anderes aber ist es, wenn wir nun Justinian deutlich aussprechen sehen, daß er die Reception der Prätorischen Erbklassen anders verstanden wissen wollte, wenn wir seinen Willen erkennen können, daß diese seit seiner Aufnahme als den civilrechtlichen ganz gleichstehende Klassen gelten, also auch mit ihnen unter denselben Regeln der Erbantretung vereinigt sein sollten. Diesen Willen scheint mir nun aber die Zusammenhaltung des §. 2. und 4. unseres Titels unverkennbar zu ergeben. Dort sagte Justinian, die welche der Prätor **solus vocat**, seien keine **heredes**, wohl aber die durch kaiserliche Constitutionen Gerufenen. Nachdem dann die einzelnen Theile der b. p. angegeben sind, fährt er fort: „so weit reichte die

Thätigkeit des Prätors, wir aber haben, durch unsere Constitutionen Alles corrigirend, die **contra** und **secundum tabulas** sowie die **unde liberi** und **legitimi** zugelassen." Das heißt doch offenbar: Diese sollen jetzt allesammt, weil sie durch unsere Constitutionen gerufen werden, **heredes** und **jure civili non incogniti** sein, so daß es nicht mehr darauf ankommt, ob bisher diese Klassen bloß auf der Prätorischen Jurisdiction ruhten, oder schon von Anfang an **confirmandi jur. civ. gratia** gegeben waren.

Daß Justinian wirklich diesen Gedanken, wie ihn die Worte sehr einfach darlegen, hatte, wird ja auch entschieden durch den oben genauer analysirten Inhalt der voraufgehenden Institutionentitel bewiesen. Justinian will die vier Klassen **contra, sec. tab. unde lib.** und **legitimi** nicht mehr als eigene selbständige Klassen der Prätorischen Jurisdiction, sondern als völlig verschmolzene Theile der vier Klassen zulassen, die er in den Institutionen als Civilrecht vorträgt. So wird uns denn auch verständlich, was Justinian mit den Worten sagen will, er habe diese Klassen: **utpote necessarias constitutas** admittirt. So lang sie nur auf der Prätorischen Jurisdiction ruhten, erschienen sie noch immer als ein besonderes **beneficium**, für dessen Erlangung auch die Nothwendigkeit besonderer Bemühungen (nämlich der Agnition) erklärlich war. Justinian aber hat sie, indem er sie mit den übrigen civilrechtlichen Regeln zusammenwirft, zu nothwendigen Theilen des Rechtes gemacht, für die deßhalb auch die gewöhnlichen Regeln, wie man Erbrecht erwirbt, eintreten.

Was Justinian von den vier ersten Klassen sagt, dürfen wir wohl unbedenklich auch auf die fünfte übertragen. Er stellt, wie wir oben gesehen haben, die **successio** der Cognaten völlig auf gleiche Stufe mit der der Descendenten und **legitimi**, und so ist nicht der geringste Grund vorhanden, daß wenn er von ihr sagt, **quintam fecimus**, wir nicht meinen sollten, er rechne sie ebenso wie die vorhergehenden vier unter die **necessarias constitutas.**

Am meisten Zweifel erregt die letzte Klasse, die **b. p. unde vir et uxor.** Wollte Justinian sie lediglich als ein auf der Prätorischen Jurisdiction ruhendes **beneficium** bestehen lassen,

wollte er daher auch die besonderen Voraussetzungen zur Erlangung dieses **beneficium**, die Agnitionsregeln, fernerhin beibehalten? Dafür spricht, daß sie in den voraufgehenden Institutionentiteln ganz übergangen, also wie es scheint ins Civilrecht nicht aufgenommen ist. Aber ein anderer Grund überwiegt doch hier, wie mich dünkt, vollkommen. Mag es Absicht sein, daß man hinter dem Titel **de successione cognatorum** keinen eigenen Titel für diese Klasse anlegte, weil man es für einen so kurz abzumachenden Gegenstand nicht der Mühe werth fand, oder mag man an jenem Orte nicht daran gedacht haben, jedenfalls zeigt die Darstellung in unserem Titel **de bon. poss.**, daß, indem man nun hier die bisher übergangene Klasse nachholte, man ihr durchaus dieselbe Stellung geben wollte, welche die vorhergehenden Klassen einnehmen. Das Perfectum in der Darstellung wird hier ganz wie im Bisherigen beibehalten, wir müssen also bei dem **servavimus** und **posuimus** noch immer: **nostris Constitutionibus** hinzudenken, und darin liegt denn eben, daß diese Klasse nicht weniger wie die anderen, auf einer civilrechtlichen Quelle und nicht mehr auf der bloßen Prätorischen Jurisdiction ruhen soll. —

Bis hieher scheint mir der zweite Abschnitt unseres Titels einen ganz passenden, von den Verfassern wohl überlegten Sinn zu haben, und ich glaube, man wird zugeben, daß man mit ungezwungener Interpretation zu demselben Resultat gelangt, auf welches uns gleichmäßig Basilikenscholiasten, Coderstellen, Novellen, und die voraufgehenden Institutionentitel führen, nämlich daß alle von Justinian recipirten Erbklassen den Charakter der Civilerben haben, also nur der civilrechtlichen Antretung bedürfen. Was nun aber Justinian im §. 7. mit der **b. p. ut ex legibus** will, bei der er nicht mehr auf seine Constitutionen verweist, wofür indeß noch in den Pandekten ein eigener Titel gemacht ist [4]), ich gestehe offen, daß ich mir

4) Septima eas secuta, quam optima ratione Praetores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam b. p. quibus ut detur lege vel SCto vel Constitutione comprehensum est; quam neque bonorum possessionibus, quae ab intestato veniunt, neque iis, quae ex testamento sunt, Praetor stabili jure commemoravit, sed quasi ultimum et extraordinarium

dies nicht recht erklären kann. Will er damit sagen, daß auch in diesen Fällen die durch Gesetze eingeführte **bon. poss.** reines Civilrecht sein soll? Die Worte scheinen im Gegentheil darauf zu führen, daß hier noch fortwährend die Agnition der **b. p.** als **extraordinarium auxilium** fortbestehen soll, und so könnte man dies gerade als Argument benutzen, daß Justinian auch wohl für die übrigen Klassen die Agnition als eine Nothwendigkeit habe beibehalten wollen. Aber dies Argument ist doch wieder ein sehr hinfälliges und unsicheres, denn man weiß gar nicht, welche Fälle eigentlich Justinian hieher rechnet, im Gegentheil man kann wohl mit Sicherheit sagen, daß es im practischen Rechte Justinians gar keinen Fall giebt, der dahin gehörte. Ueberdem sind die Worte, ohne auf Justinians Constitutionen zurückzuweisen, rein erzählend, und man kann also meinen, daß hier eben nur eine historische Notiz gegeben werden sollte, die sich an die Erzählungen des ersten Abschnittes und die des dritten anschließt, ohne anwendbares Recht enthalten zu sollen. Auf alle Fälle scheint mir die Sache viel zu unklar, um die anderen Beweise, welche wir im Bisherigen haben kennen lernen, aufwiegen zu können, und es giebt in der That noch einen Weg der Erklärung, der vielleicht Billigung verdient, der aber erst im folgenden § seine Stelle finden kann.

§. 160. — 3. Wir gelangen jetzt zu dem dritten Abschnitt des Institutionentitels. Mag es mit der **b. p. ut ex legib.** sein wie es will, so sehen wir doch aus dem zweiten Abschnitt, daß Justinian die sechs ordinären Klassen durch seine Constitutionen für zugelassen erklärt. Er will sie nicht mehr als eigene Klassen der Prätorischen Jurisdiction gelten lassen, und bei mehren derselben hat er denn auch in den voraufgehenden Titeln ihre völlige Verschmelzung mit den betreffenden Theilen des Civilrechts ganz unzweideutig anerkannt. Nun aber nimmt er im §. 8. den Faden der Geschichtserzählung

---

auxilium, prout res exigit, accommodavit, scilicet iis qui ex legibus, SCtis Constitutionibus Principium ex novo jure vel ex testamento vel ab intestato veniunt.

wieder auf. Der Prätor habe außer der Einführung neuer Erbklassen, wie sie im §. 3 angegeben waren, noch einen besonderen Zweck zu erreichen gesucht, nämlich die rasche Regulirung der Erbschaftsangelegenheit, insbesondere zur baldigen Befriedigung der Gläubiger, damit diese nicht nöthig hätten, den Concurs zu eröffnen. Zu dem Ende habe er den in eine bestimmte Reihenfolge geordneten Klassen gewisse Agnitionsfristen vorgeschrieben, nach deren Versäumung der Prätor entweder die Miterben, oder die folgende Klasse zugelassen habe. Die Fristen betrügen 100 Tage und für die **parentes et liberi** ein Jahr. Sie seien aber ein **tempus utile**; und man brauche auch in Beziehung auf dies **petere** der **b. p.** jetzt nicht mehr in Sorge zu sein, indem die früheren Kaiser mit Recht jede Art von Willensäußerung für genügend erklärt hätten, sobald sie nur in der bestimmten Frist geschähe [1]).

Zuvörderst könnte man glauben, Justinian erkenne durch diese Endworte geradezu an, daß auch die Prätorischen Erbklassen nur noch der **hereditatis aditio** bedürften, denn von einem Erscheinen vor dem Richter ist gar nicht die Rede, und die ganz freien Willensäußerungen sind ja eben der Charakter der civilrechtlichen Antretung [2]). Aber dem steht entgegen, daß Justinian entschieden die Fristen der **b. p.** hier anerkennt, in die er bekanntlich die **her. aditio** nicht eingeschlossen hat, ferner daß er ausdrücklich auf die früheren Kaiser (namentlich **l. 9 C. qui admitti**) verweist, also auch unmöglich mehr sagen kann, als was jene schon angeordnet hatten. Es leidet daher wohl keinen Zweifel, daß Justinian nur hervorheben will, die alte formelle **petitio** sei nicht mehr nöthig, jedes **admittere** (also die **agnitio**) genüge, aber freilich wird als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, daß dies vor einem Richter geschehen müsse.

1) §. 10. h. t. — Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt, ne quis pro petenda b. possessione curet; sed quocunque modo si admittendi eam indicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

2) l. un. Th. C. de cret. vel b. p. — „qualicunque aditae vel adeundae hereditatis indicio," s. Hugo R. G. S. 1128 Note 2.

Wir sehen mithin, daß Justinian, wenn er gleich diesen dritten Abschnitt erzählend beginnt, dennoch das darin vorgetragene **successorium edictum**, mit seinen Fristen und Agnitionsvorschriften, als durchaus geltendes Recht hinstellt, womit es denn durchaus übereinstimmt, daß sowohl im Codex als in den Digesten darauf bezügliche Stellen in nicht geringer Zahl recipirt sind.

Wir sind hier also auf den entscheidenden Punkt gelangt, wo wir nach den im Bisherigen gegebenen vorbereitenden Untersuchungen, die abschließende Antwort über die von uns aufgeworfenen Fragen zu geben haben. Wir haben jetzt alles Material, was, wie ich glaube, für die Entscheidung in Betracht kommt, vor unseren Augen ausgebreitet. Drei Antworten sind überhaupt nur denkbar. Die erste, welche durchgehends die heutigen Schriftsteller zu theilen scheinen (§. 154. Note 1): es sei die **b. p.** in der Justinianeischen Compilation als ein geschlossenes Ganzes beibehalten worden, also wo Jemand in unseren Quellen nur zur **b. p.** gerufen werde, da habe er noch immer die Agnition in bestimmter Frist vorzunehmen. Ich habe gezeigt, daß, wenn auch diese Ansicht auf den ersten Blick einigen Grund für sich hat, dennoch das, worauf man sich dabei stützt, auch anders erklärt werden kann, und daß ihr in Justinians Codexgesetzen und Novellen Hindernisse entgegenstehen, die, soviel ich wenigstens sehen kann, ohne gezwungene Erklärungen unübersteiglich sind. Die zweite Ansicht ist die, daß Justinians Arbeiter sich selbst nicht klar gewesen sind, daß sie an manchen Stellen der Compilation die Agnition anerkennen, an anderen sie gänzlich vergessen, und so gleichsam factisch außer Geltung setzen. Dies ist eine weit eher zulässige Annahme, und ich würde derselben beitreten, wenn nicht, wie ich im Bisherigen gezeigt habe, auch gerade die Institutionen aus so vielerlei Umständen die Absicht Justinians hervorleuchten ließen, daß er die Prätorischen Erbklassen mit dem Charakter des Civilrechts bekleiden wolle. Und innerhalb dieses engen Gebietes der Institutionen, ja innerhalb eines und desselben Titels können sich die Compilatoren doch nicht so widersprochen haben, daß sie in einem Athem Alle Erbberechtigten als **heredes** (also zur **her. aditio** befugt) anerkannt, und doch wieder für die

Prätorischen die Nothwendigkeit der Agnition vorgeschrieben hätten.

Somit bleibt nur noch die dritte Ansicht übrig, die sich aus dem Bisherigen leicht zusammensetzen läßt. Es hatte sich in der Kaiserzeit die **b. p.** in zweierlei zerspalten. Im großen Ganzen war sie durchaus ein Element der definitiven, petitorischen Erbberechtigung geworden. Aber man hatte auch das possessorische Element im **Int. quor. bon.** sich bewahrt. Man faßte dies als ein ganz besonderes **beneficium** auf, das der Prätorische Erbe nach der Agnition neben seiner **her. vindicatio** hat, das aber auch jeder Civilerbe durch Agnition erlangen kann. Wenn nun gleich das Bewußtsein dieses possessorischen Elementes sich bald nach Justinian im griechischen Rechte gänzlich verlor, so muß es doch wenigstens bei Justinians Arbeitern noch in gewisser Weise vorhanden gewesen sein, sonst würden sie das Interdict als ein von der **her. pet.** verschiedenes Rechtsmittel nicht recipirt haben (§. 156). Und ferner ist es unzweifelhaft, daß für die Geltendmachung dieses Interdictes die Nothwendigkeit der Agnition festgehalten wurde. Auch bei den Institutionenverfassern muß dies Bewußtsein des Interdicts vorausgesetzt werden, da sie es im §. 3 **I. de interdictis** aufgenommen haben, und zwar gar nicht gedankenlos die Worte des Gaius abschreibend (s. §. 143.). Aus Gaius **III. 34.** nun aber wußten die Institutionenverfasser, daß für die Civilerben die **b. p.** nur durch das Interdict ein **beneficium** ist. Hiernach lag es doch sehr nahe, daß Justinians Rathgeber auf folgenden Gedanken kamen:

Die Prätorischen Erbklassen sollen nicht mehr sich lediglich auf die Prätorische Jurisdiction stützen, also, daß sie überhaupt zur **successio** gerufen werden, ist nicht mehr ein eigenthümliches **beneficium**, sondern sie sollen, sogut wie die civilrechtlichen, **necessariae constitutae** sein. Zur Erlangung dieser **successio**, mithin zur Geltendmachung der **her. pet.**, bedarf es daher allgemein nur der **her. aditio** und **pro herede gestio.** — Dagegen soll das possessorische Rechtsmittel ebenfalls und zwar ganz allgemein bestehen bleiben, es soll dies noch fernerhin, so wie es schon zu Gaius Zeiten für die Civilerben war, ein besonderes **beneficium** für die Besitzerlangung sein. Wer aber

ein schleuniges Rechtsmittel benutzen will, von dem kann man auch mit Fug verlangen, daß er nach bestimmten Vorschriften (nämlich vor einem Richter und in einer gewissen Frist) seinen Willen der Antretung erkläre, m. a. W. daß er **b. possessio** agnoscire.

Auf diese Weise vereinigt sich das, was auf den ersten Blick widersprechend scheint, vollkommen. Wir können es hiernach nur natürlich finden, daß Justinian in den Institutionen sogut wie im Codex und den Novellen das Civil- und Prätorische Recht als **in unam consonantiam** vereinigt behandelt, und daß er umgekehrt doch auch das **successorium edictum** und die Agnitionsregeln in Digesten, Codex und Institutionen aufnimmt. Ja der Gedankengang in unserem Institutionentitel scheint mir sehr deutlich hierauf hinzuweisen. Nachdem im zweiten Abschnitt ausgeführt ist, welche Klassen man durch die Constitutionen als **necessarias constitutas** zugelassen habe, beginnt dann Justinian im §. 8 die Erzählung, auf welche Weise der Prätor es bewirkt habe, daß die Erbschaftsangelegenheit rasch regulirt werde. Offenbar aus demselben Zweck behält nun Justinian **dies successorium edictum**, und schließt damit: Alle, die sonach **intra statuta tempora** die **bonorum possessiones** agnosciren, sollten **plenum earum beneficium** haben. Das ist eben das **beneficium**, wovon Gaius **III. 34.** spricht.

Hiemit scheint mir auch der einzig wahrscheinliche Ausweg gebahnt für die Bedeutung der **b. p. ex legibus** nach der Justinianeischen Ansicht. Ich sagte schon, daß es gar keinen Fall giebt, der in der Compilation wirklich darunter paßt. Und in der That scheint Justinian sie auch in einem ganz anderen Sinne zu nehmen, als den sie ursprünglich hatte. Im Anfange des §. 7. (s. oben §. 159. Note 4) erklärt er sie freilich richtig als den Fall, wo das Gesetz lediglich eine **b. p.** verleiht. Am Ende des § aber wird gerade das Charakteristische derselben wieder ganz verwischt: der Prätor habe sie denen accommodirt, **qui ex legibus, SCtis, Constitutionibus principum ex novo jure vel ex testamento vel ab intestato veniunt.** Das **veniunt** umfaßt also Alle die, welche zur Erbschaft nach neuerem Rechte gerufen werden.

Es ist daher wohl nicht zu gewagt, hier den Compilatoren ein reines Mißverständniß Schuld zu geben; wir verfahren dadurch milder, als bei der Annahme, sie hätten hier etwas aufgestellt, worunter sie sich gar nichts denken konnten. Sie nahmen wahrscheinlich an, **b. p. ex legibus** ist die, welche ein **ex novo jure** zur Erbschaft Gerufener, ebenso wie jeder andere Civilerbe agnosciren kann.

Sobald wir diese Voraussetzung anerkennen, so schwindet die letzte Unklarheit, die unser Titel **de bon. poss.** uns noch darbietet. Das Wort **bon. possessio** bezeichnet ein Doppeltes: das Recht des **praetorius successor** d. h. sein definitives Erbrecht, was er aber schon durch **her. ad.** erlangen kann, und das besondere possessorische **beneficium**, zu dessen Erlangung die Agnition der **b. p.** noch immer nöthig ist. Nun hatte Justinian schon im ersten Abschnitt gesagt, daß der Prätor auch gewisse Klassen **confirmandi juris civilis gratia** eingeführt habe d. h. ja gerade solche, wodurch auch Civilerben das Interdict mittelst der Agnition erlangen könnten. Nachdem er nun im zweiten Abschnitt die Erbklassen, welche er recipirt (und darunter sind auch jene das alte Civilrecht confirmirenden), aufgeführt hat, so will er nun im dritten Abschnitt angeben, daß alle diese Klassen durch Agnition der **b. p.** das besondere darin enthaltene **beneficium** des Interdictes erlangen könnten. Hier konnte ihm nun aber der Gedanke kommen, wie es denn mit denen sei, welche sich weder auf altes Civilrecht noch Prätorisches stützen, sondern die **ex novo jure veniunt.** Es war unbedenklich, daß sie auch zu dem **beneficium** der **b. p.** müßten gelangen können. Deßhalb schob man denn noch vorher alle diese als siebente Klasse ein, so daß der §. 7 einen Uebergang zu dem Folgenden bildet, und eben nur um dieses Folgenden willen eingefügt wurde.

Ich weiß wohl, daß dieser Erklärungsversuch ziemlich gewagt ist, aber vielleicht wird, wer mit der Art und Weise, wie die Compilatoren meist zu Werke gingen, vertraut ist, ihn darum noch nicht als unwahrscheinlich hinwegwerfen.

§. 161. Wir haben das im Bisherigen gewonnene Resultat jetzt zum Schlusse noch in mehrern Punkten zu vervollstän-

digen, um es in seinem ganzen Umfange erscheinen zu lassen.

Der Ausdruck **bonorum possessio** hat jetzt einen doppelten Sinn. 1. Er bedeutet zuerst und regelmäßig die **successio ex jure praetorio**, welche von Justinian mit dem **ex jure civili** oder **legitimo vocari** [1]), nachdem nun auch die Agnition der **b. p.** nicht mehr nöthig war, vollkommen zusammengeschmolzen ist. Es giebt nicht mehr eigene abgesonderte Prätorische, sondern es sind die von Justinian anerkannten civilrechtlichen Erbklassen, in welche die Regeln der Prätorischen Jurisdiction Aufnahme gefunden haben. Die erste regelmäßige Erbklasse ist die testamentarische, der nur, wenn die Bedingungen des Notherbenrechtes nicht erfüllt sind, ausnahmsweise das Recht der **sui** und **emancipati** vorgeht, während das Recht der übrigen mit der **querela inoff.** Auftretenden hintendrein eine Vernichtung der testamentarischen Succession herbeiführt. Der testamentarischen Klasse reihen sich dann die Intestatklassen an, zuerst die der **sui** und derer, welche durch den Prätor und die Kaiser den **sui** gleichgestellt sind, zweitens die **legitimi**, drittens die **cognati**, endlich **vir et uxor.** Für diese fünf regelmäßigen Klassen hat Justinian eine **civilrechtliche successio ordinum** anerkannt, welche von dem **successorium edictum** wesentlich abweicht. Die Intestatsuccession soll eintreten, wenn entweder kein Testament vorhanden oder Niemand daraus **heres** geworden ist, und es hat keinen Zweifel, daß unter solchem **heres** auch der zu verstehen ist, **ad quem** (wie in Note 1 gesagt ist) **bona honorario jure pertinent** [2]). Also erst im Falle des **Nichtvorhandenseins** eines **ex testamento** Antretenden folgt

1) §. 10 I. de fideic. libert. Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, **ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere** intelligit, ut **hereditatem suam** — — restituat. Dies definitive Erwerben (succedere jure praetorio), welches mit dem Ausdruck petere b. p. gewöhnlich bezeichnet wird, hebt Theodos in l. 18 C. de test. noch besonders hervor: vel bonorum possessionem petere, et **eo modo eidem infanti hereditatem quaerere.** s. auch §. 128 Note 5.

2) Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo **heres extitit.**

auf die teſtamentariſche Succeſſion die Delation aus der erſten Inteſtatklaſſe, und wenn dies gleich auch in der Juſtinianeiſchen Compilation noch an jene eigenthümliche Interpretation der 12 Tafeln über das **tempus, quo certum est aliquem intestatum decessisse** angelehnt wird, ſo behandelt es Juſtinian doch mit Recht als einen wahren **transitus** von der teſtamentariſchen zur Inteſtatklaſſe, der nicht mehr bloß **ex jure honorario** ſondern **ex jure civili** Statt finden ſoll, mit anderen Worten, es findet hier eine wahre **ordinum successio** Statt [3]), bei der das Unterbleiben der Antretung, nicht aber der bloße Ablauf einer gewiſſen Friſt, die Bedingung für die Berufung der folgenden Klaſſe iſt.

Ebenſo wie ſich die erſte Inteſtatklaſſe an die teſtamentariſche anknüpft, ſo folgen nun auch die mehren Inteſtatklaſſen aufeinander. Juſtinian trennt nicht mehr, wie dies bisher der Fall war, die civilrechtliche und Prätoriſche Delation, er ſagt nicht: dem **legitimus** werde das Civilrecht beim Nichtvorhandenſein eines früheren Civilerben, die **b. p.** aber nach Ablauf der vorhergehenden Prätoriſchen Friſt deferirt, ſondern Civil- und Prätoriſche Erben ſind jetzt eine Klaſſe geworden, und den **legitimi** wird die **hereditas** deferirt, wenn aus der vorhergehenden Klaſſe der **sui** und **emancipati nemo exstat**, (§. 154. u. 158.). Alſo wieder nicht der Ablauf einer Friſt, ſondern lediglich der Zeitpunkt, wo es ſicher iſt, daß Niemand aus der vorhergehenden Klaſſe ſich die Erbſchaft aneigne, begründet die **successio** der folgenden. Und ganz ebenſo reiht dann Juſtinian die **successio** der Cognaten an die der Agnaten, ſo daß wir alſo hier ſchon ganz dieſelbe Verknüpfung der Klaſſen finden, wie ſie nachher auch in der **Nov. 118.** zwiſchen den nur innerlich umgeſtalteten Verwandtſchaftsklaſſen Statt findet [4]).

Wir ſehen hiernach, daß die in der Compilation anerkannten Erbklaſſen nicht bloß die Vorſchriften der Prätoriſchen Antretung, ſondern auch die Prätoriſchen Delationsfriſten abge-

3) ſ. Bd. I. S. 117. 118. und oben §. 114 zu Note 8.

4) Nov. 118. cap. 2. — si defunctus descendentes heredes non reliquit — cap. 3. pr. si defunctus neque ascendentes relinquat. §. 1. si defunctus neque fratres neque fratrum liberos, ut diximus, reliquerit.

streift haben, wogegen allerdings die Idee des **successorium edictum** sich in soweit ins Civilrecht recipirt findet, daß, sobald in der früheren Klasse Niemand mehr vorhanden ist, ein **transitus** der Berufung auf die folgende Statt findet. Die Institutionen sind gerade der Theil des **Corp. jur.**, in welchem diese Umgestaltung Justinians allein recht hervorgehoben werden konnte. Im Codex dagegen hätte Justinian sie nicht anders als durch eine eigene Constitution ausdrücken können, und da dies unterlassen wurde, so ist es nicht zu verwundern, daß hier nur, gleichsam als Einleitung zum eigentlichen Erbrecht, in kurzen Titeln die Klassen vorausgeschickt wurden, welche Justinian aus der **b. p.** in sein Recht recipiren wollte. Noch weniger kann es auffallen, daß aus den Pandekten die von Justinian beabsichtigte Verschmelzung der civilen und Prätorischen Klassen an und für sich nicht zu ersehen ist. Die Schriften der juristischen Klassiker rührten aus einer Zeit her, wo die **b. p.** noch in vollkommenem Gegensatz zur **hereditas** sowohl in Beziehung auf Acquisition als Delation stand. Die Compilatoren konnten hier lediglich darauf ausgehen, Sorge zu tragen, daß nicht die Pandekten in vollkommenem Widerspruch mit dem standen, was die Schüler schon im ersten Jahr aus den Institutionen erlernt hatten. Aber es scheint sie überhaupt bei der Zusammenstellung des 37 und 38ten Buches der Gesichtspunkt geleitet zu haben, daß, ebenso wie schon im Institutionentitel **de bon. poss.** die historischen Notizen zur Erklärung des Ganzen nicht völlig zu entbehren waren, so auch Vieles in die Pandektentitel aufzunehmen sei, was zur größeren Anschaulichkeit der früheren Prätorischen Jurisdiction dienen könnte. Deßhalb trennte man denn auch diese beiden Bücher von dem übrigen Erbrecht, und schloß sie aus dem Kreise der **partes**, worüber Vorlesungen gehalten wurden, aus. Trotz dem aber ist auch in den Pandekten aus der darin enthaltenen Anordnung die Verschmelzung des civilen uud Prätorischen Rechtes, wie sie die Institutionen darlegen, wenigstens äußerlich zu erkennen. Die zuerst für das System des Erbrechts sich darbietenden Hauptabtheilungen waren die testamentarische und die Intestatsuccession. Nun wurden zuerst die testamentarische Universalsuccession des Civilrechts (Buch 28. 29) und die Legate

(B. 30—36) vorangestellt, welche beiden Lehren man, als zu den **quatuor libri singulares** gehörig, nicht wohl durch Zwischenschiebung der **b. p.** trennen konnte; alsdann aber folgen gleich die **bonorum possessiones ex testamento** (Buch 37 bis Titel 11). Die testamentarische Successsion ist dann von der Intestatsuccession durch die Lehre vom Patronatrecht und den daraus hervorgehenden besonderen Erbrechten getrennt (Buch 37. Tit. 12 — B. 38. Tit. 5.), und nun folgen die Lehren der Intestatsuccession in der Weise, daß die Prätorischen Bestandtheile voraussstehen, (Titel 6—15.) und die civilrechtlichen den Schluß bilden, weil in der Intestatsuccession das Prätorische Rechtselement durchaus überwog. — Es stehen also sowohl bei der testamentarischen wie bei der Intestatsuccession das civile und Prätorische Recht zusammen, um auch hierdurch die Verschmelzung Beider anzudeuten, nur geht bei dem ersten Theil das Civilrecht voraus, während es beim zweiten nachfolgt; und so kommt es, daß auch wieder alle Theile der **b. p.** bei einander stehen und mit seinem einleitenden allgemeinen Titel **de bonorum possessionibus** versehen werden konnten. Jedenfalls aber heißt, wenn hier in den einzelnen Pandektentiteln die Juristen von **bonorum possessionem petere** sprechen, dies nichts Anderes als: **jure honorario succedere.** Die Compilatoren konnten dies unverändert stehen lassen, da es allerdings wünschenswerth war, daß jeder Berufene in bestimmter Frist vor dem Richter die Erbschaft antrete, und man deßhalb keineswegs die Agnition für die Erlangung des definitiven Erbrechts direct aufgehoben hatte. Nur ist dabei festzuhalten, daß die Agnition nichts Nothwendiges mehr war, sondern das **successionem quoquo modo amplecti,** wie es Justinian von den **sui** und **emancipati** sagt, nach den oben mitgetheilten Codex- und Novellenbestimmungen das allgemeine Recht aller Erbklassen geworden ist.

2. Der Ausdruck **bonorum possessio** hat aber in der Justinianeischen Compilation noch eine zweite engere, und dem grammatischen Sinne der Worte näher liegende Bedeutung. Er bezeichnet in gewissen Fällen lediglich: Besitz der Erbschaft, womit denn noch gar nicht positiv angegeben ist, welche materiellen Rechte mit diesem Besitze verknüpft seien, sondern

nur negativ darauf hingedeutet wird, daß dadurch noch keineswegs eine definitive **successio ex jure Praetorio** erworben sei, obgleich sich freilich ein auf andere Gründe gestütztes definitives Erbrecht sogleich oder später damit combiniren kann.

Es ist dies aber immer nur eine exceptionelle Bedeutung, welche im Gegensatz zu jener regelmäßigen lediglich da angenommen werden kann, wo sie sich von dem in Rede stehenden Fall bestimmt nachweisen läßt. Hieher gehören einestheils jene schon oben hervorgehobenen Nebeninstitute, die **b. p. Carboniana, (ventris nomine)** und **furiosi nomine,** von denen weiter unten noch mehr die Rede sein wird; anderntheils aber namentlich das **Interd. quor. bon.**, welches als das Residuum des possessorischen Elementes der **b. p.** für alle Justinianeischen Erbklassen beibehalten wurde. Dies Interdict bildet das Schutzmittel für die **b. p.**, soweit diese als ein selbständiges allen Erbklassen nützliches Institut in der Justinianeischen Compilation bestehen geblieben ist. Aus dem Satze, daß Justinian alle Erbklassen zu civilrechtlichen gemacht habe, folgt der andere ganz von selbst, daß nämlich jetzt für sie insgesammt das **beneficium bonorum possessionis in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cujus principium est: quorum bonorum uti possit; alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili** [5]).

In diesem engeren durch das Interdict zusammengehaltenen Begriffe ist also das System der **b. p.** Alles was übrig bleibt, wenn man die definitive Erbberechtigung der ordinären Erbklassen sich hinwegdenkt, sie ist gar nicht mehr, wie früher eine Universalsuccession, bei der für Forderungen und Schulden noch besondere **fictitiae actiones** beständen, sondern sie gewährt nur den Besitz der **corpora hereditaria**, und die Erbschaftsgläubiger können gegen den **possessor hereditatis** nach den Regeln der **l. 12 C. de petit. her.** ihre Erbschaftsforderungen geltend machen. In dieser Gestalt bildet, wie man allerdings sagen kann, die **b. p.** noch immer ein gewissermaßen geschlossenes System, es gelten für sie die eigenthümlichen, durch die

5) Worte von **Gaius III. 34.**

civilrechtliche Antretung nicht erſetzbaren Agnitionsvorſchriften. Juſtinian hat als den Weg, um zu dem Interdicte zu gelangen, unverändert für ſämmtliche Erbklaſſen das **successorium edictum**, mit ſeinen Friſten und der Agnition vor einem Richter, recipirt. In dieſer Hinſicht ſtehen alſo die ſechs Hauptklaſſen, die wir oben als civilrechtliche anerkannt haben, rückſichtlich der poſſeſſoriſchen Geltendmachung ihres Erbrechtes noch immer als **bon. possessiones contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, legitimi, cognati**, und **vir et uxor** hintereinander; und wo etwa die **ex jure novo** Gerufenen nicht in eine dieſer Klaſſen paſſen ſollten, da hat Juſtinian durch die **b. p. quibus ex legibus** dafür geſorgt, daß ſie mittelſt dieſes **extraordinarium auxilium** an der Stelle, wo ſie überhaupt gerufen werden, auch zum Interdicte gelangen könnten. Deßhalb muß man ſich denn auch, ſeitdem in Nov. 118 die drei Klaſſen der Deſcendenten, **legitimi** und Cognaten innerlich umgeſtaltet worden ſind, die neuen Klaſſen der Novelle an den Platz der **b. p. unde liberi, legitimi** und **cognati** ins **successorium edictum** eingerückt denken, wenn auch damals vielleicht Niemand mehr dieſe Schlußfolgerung gezogen hat, weil der Gebrauch des **Int. quor. bon.** allmählig in Vergeſſenheit kam.

Hiernach ſtehen alſo die Juſtinianeiſchen Erbklaſſen in doppelter Hinſicht in einer Reihenfolge. Einestheils findet in Beziehung auf die Berufung zum eigentlichen definitiven Erbrechte in der Weiſe eine **successio** Statt, daß erſt wenn in der früheren Klaſſe der Gerufene ausſchlägt oder ohne anzutreten wegfällt, der folgenden Klaſſe die **hereditas** deferirt wird; dagegen wenn die frühere Klaſſe nur die für ſie laufende Friſt des **successorium edictum** verſtreichen läßt, ſo iſt ihr dadurch nichts als das Interdict verloren gegangen. Wenn daher nun die folgende Klaſſe zu rechter Zeit agnoscirt (oder ſchon im voraus **inter alienas vices** agnoscirt hat ſ. §. 153. Note 1.), ſo kann dieſe nur einſtweilen als der wahrſcheinlich Nächſtberechtigte die **corpora hereditaria** erlangen. Unterläßt nun auch noch hintendrein die frühere Klaſſe die Erbantretung, ſo liegt dann auch zugleich in der Agnition der folgenden der Erwerb des definitiven Erbrechts (**pro herede gestio** §. 154. Note 2.).

Nimmt aber die frühere Klasse hintendrein noch die Antretung vor, so kann sie die **successionis vindicatio** anstellen, und dies ruft nicht mehr die alte **b. p. sine re** hervor, sondern es erscheint als gewöhnliche Einforderung der Erbschaft von einem **bonae fidei possessor**; denn die spätere Klasse, die die **b. p.** agnoscirt und mit dem Interdict gesiegt hatte, ist gar nicht **bonorum possessor** im regelmäßigen Sinn des Worts (d. h. **praetorius successor**), sondern sie gehört nur zu denen, welche, nach der damaligen Ausdrucksweise, **putant se bonorum possessores esse** (§. 151. Nro. 3.), und steht denen ganz gleich, welche, zu einer späteren Klasse gehörig, schon vor dem Wegfallen des Näherberechtigten die **her. aditio** vorgenommen hatten, und also **putant se heredes esse**.

§. 162. Bis hieher scheint mir das (im vorigen §) Gesagte einfach verständlich und die nothwendige Schlußfolgerung aus unseren früheren Untersuchungen. Es erhebt sich aber nun noch eine Schwierigkeit, die freilich nicht geeignet ist, uns an den jetzt gewonnenen Resultaten irre werden zu lassen, die aber darum nicht minder eine große Schwierigkeit bleibt, weil die Compilation uns so wenig Hülfsmittel zu ihrer Lösung darbietet. Wir nehmen an, das **successorium edictum** ist von Justinian allgemein recipirt worden, um *allen* Klassen, auch der testamentarischen, das **beneficium** des **Int. quor. bon.** zugänglich zu machen. Dabei drängt sich denn nothwendig die Frage auf, wie sich hiezu gerade bei dieser testamentarischen Klasse die ebenfalls von Justinian recipirte **missio Hadriana** verhalte?

Wenn es mir vielleicht gelungen ist nachzuweisen, daß die Compilatoren sich im Allgemeinen bei der Reception des **successorium edictum** nicht in Widersprüche mit der allen Erbklassen zugestandenen civilrechtlichen Erbantretung verwickelt haben, so scheint doch hier dieser Vorwurf kaum umgangen werden zu können. In der **l. ult. C. de edicto divi Hadr. toll.** im Jahr 531 sagt Justinian, der **scriptus heres** soll sich beim **competens judex** melden, und wenn er ein äußerlich fehlerfreies Testament vorweist, so soll er **in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt** (offenbar

der **corpora hereditaria**), mittirt werden, auch soll er für dies Gesuch der **missio** nicht mehr in die Frist eines Jahres eingeschlossen sein. Und nun erkennt er doch in den Institutionen allgemein das **successorium edictum** als Bedingung für das **Int. quor. bon.** an, womit man ja ebenfalls den Besitz der **corpora hereditaria** erlangt. Da also hierunter auch der **scriptus heres** begriffen ist, so liegt darin, dieser müsse nach Ablauf der Frist für die **c. t.** innerhalb **100** Tagen die **b. p.** vor dem Richter, der aber nicht der competente zu sein braucht, agnosciren, um die **corpora hereditaria** zu bekommen. Wie reimt sich dies? Wir haben hier in einem und demselben Fall zwei Rechtsmittel, die beide auf denselben Gegenstand gerichtet sind, und doch unter ganz entgegengesetzten Bedingungen stehen.

Was hier die Compilatoren eigentlich gewollt haben, ist, wie mir scheint, eine Frage die sich nicht beantworten läßt. Es ist sehr möglich, daß sie auf den hier vorhandenen Widerspruch gar nicht aufmerksam geworden sind, was dadurch sehr erklärlich wird, daß eigentlich nur die **missio Hadriana** in der Praxis fortgelebt zu haben scheint, das Interdict dagegen bald vergessen wurde. Vielleicht auch hat sich auf die Lösung dieser Frage eine griechische Constitution bezogen, die nach der Handschrift vom Monte Cassino (aus dem **10.** Jahrh.) hinter unserer **l. ult. C. de ed. divi H. toll.** gestanden haben soll [1]).

Wir haben daher die Frage nur so zu stellen, wie nach den uns in der Compilation vorliegenden Daten am einfachsten das Nebeneinanderstehen beider Rechtsgrundsätze zu erklären sei. Wir haben uns dabei an das zu erinnern, was in dem dritten Buche über das Verhältniß der **missio** zum Interdict ausgeführt worden ist. Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß in der vorjustinianeischen Kaiserzeit beide Rechtsmittel in Beziehung auf ihren Gegenstand (die Erlangung der **corpora hereditaria**) sich völlig gleich standen, daß von einem Unterschied, der früher zwischen einem Rechtsmittel auf **missio in possessionem** und einem **Int. adip. possessionis** bestand, gar nicht mehr die Rede war, und mithin das Interdict, soweit die **missio** reichte, verschwand. Die **missio** hatte die Idee der

1) s. die Note a zu dieser Stelle in der Herrmannschen Coderausgabe.

sec. tab. b. p. (Vorweisung eines äußerlich fehlerfreien Testaments) in sich aufgenommen, und so ist es einerlei, ob man sagt, die **missio** habe, soweit sie reichte, das Interdict aufgehoben, oder beide Rechtsmittel seien, so weit sie dasselbe Gebiet betreffen, in ein einziges zusammengeschmolzen. Kurz das Interdict bestand als ein selbständiges Rechtsmittel nur für die Intestatsuccession, höchstens auch noch für die Successionen aus nuncupativen Testamenten, wenn man meint, daß für diese die **missio** nicht anwendbar gewesen sei (s. §. 138. 139.), was aber wohl kaum anzunehmen ist.

Es liegen nun nicht die geringsten Gründe vor, daß Justinian diesen Rechtszustand habe abändern wollen. Das Interdict geht unzweifelhaft auf die **corpora hereditaria**, und daß er die **missio** auf etwas Anderes als diese habe richten wollen, läßt sich aus Nichts beweisen. Man könnte die Worte der **l. ult. C. cit.: res quae testatoris mortis tempore fuerunt** enger verstehen und bloß auf dessen Eigenthumssachen beziehen wollen, aber dann wäre einestheils unerklärlich, weßhalb Justinian die übrigen **corpora hereditaria**, auf welche die **missio** bisher auch ging, hätte ausschließen wollen, und ferner steht entgegen, daß man jene Worte auch gerade beim **Int. quor. bon.** gewöhnlich zur Bezeichnung der **corpora hereditaria** gebrauchte (s. §. 144. Nro. 2.). Beide Rechtsmittel sind also auch im Justinianeischen Rechte in Beziehung auf den Gegenstand identisch, man fordert damit die **corpora hereditaria**, welche der Erblasser bei seinem Tode in Besitz hatte [2]). Fer-

2) Ich weiß nicht, was v. Löhr (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VI. S. 331.) dazu veranlaßt, den Zweck der missio für beschränkter zu erklären, als den des Int. quor. bon., obgleich er doch gerade auch annimmt, daß man mit jener alle corpora hereditaria, die der Erblasser mortis tempore besaß, fordere. — Von der anderen Seite versucht neuerdings Gerau (Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. 20. S. 314–326) aus Scheingründen, die ich nach allem Bisherigen wohl nicht weiter zu widerlegen brauche, wiederum abzuleiten, daß beide Rechtsmittel, die missio und das Interdict, auf die ganze Erbschaft und nicht bloß auf die corpora hereditaria gingen. Auch werden beide Rechtmittel als Interdicta duplicia, bei denen jede Partei Kläger und Beklagter sein könnten, darge-

ner nun erkennt auch Justinian durch die Reception der l. 19. C. de testam. an, daß es der b. possessio für die scripti heredes nicht mehr bedürfe (s. §. 159. Note 1a), und zwar bedeutet das nicht bloß, daß sie auch ohne Agnition das Erbrecht sollen erwerben können (denn darauf hinzuweisen, wäre bei dem durch kaiserliche Constitution eingeführten test. princ. oblatum sehr unnöthig gewesen), sondern es zeigt an, daß es auch zur Erlangung des besonderen beneficium auf provisorische Besitzergreifung für die scripti heredes der Agnition nicht bedürfe, indem sie nämlich bloß die pro herede gestio oder her. aditio vorzunehmen brauchen, und sogleich die missio erbitten können (s. §. 138. Nro. 5.). Also auch in diesem Punkte haben wir das frühere Recht in der Compilation als fortbestehend anzunehmen, und so müssen wir denn für Justinians Zeit den Satz festhalten, daß, soweit die missio reicht, das Int. quor. bon. in derselben aufgegangen ist [3]). Hat doch auch wahrlich die l. ult. C. cit. nicht den Ton, daß man glauben könnte, Justinian erlaube dem scriptus heres, noch auf andere Weise, als er hier vorschreibt, den provisorischen Besitz der Erbschaftssachen zu erlangen; also namentlich, wenn er bestimmt, man müsse ein testamentum non cancellatum etc. vorweisen, um den Besitz zu bekommen, so kann man doch nicht annehmen, er erlaube dem scriptus heres auch, um zu demselben Ziel zu gelangen, die Agnition bei einem incompetenten Richter und hinterdrein die Anstellung des Interdicts, bei dessen Entscheidung der Richter dann gar nicht verpflichtet gewesen wäre, genau die Erfordernisse der missio (namentlich die depositiones testium) zu berücksichtigen.

Ich habe schon oben (§. 146) hervorgehoben, daß man es bei den Fragen über Verwandtschaft viel eher dem richterlichen Ermessen überlassen kann, wer der wahrscheinliche Erbe ist, während bei den Testamenten bestimmte Regeln sein müssen, wann man sie als wahrscheinlich gültige anzusehen habe. Solche

---

stellt, (S. 305–314), wobei sich noch die Berufung auf die alte Erklärung des fr. 3. §. 2. de interdict. findet (Bd. I. S. 373)!

3) v. Löhr nimmt a. a. O. (s. die vor. Note) das Interdict noch neben der missio als bestehend an.

hatte der Prätor für die **sec. tab.** aufgestellt, diese kamen durch die **missio** zuerst „**ex more**“, dann durch directe kaiserliche Aufhebung der **b. p. sec. tab.** (§. 139) außer Uebung, und an diese **missio** knüpft nun Justinian an; er will sie offenbar in ihrem bisherigen Gebiete bestehen lassen, will nun aber auch genaue unabänderliche Regeln geben, nach denen der Richter die wahrscheinliche Gültigkeit des Testaments zu beurtheilen habe.

Die **l. un. C. cit.** verhält sich also zu der allgemeinen Reception des **successorium edictum**, wie ein specielles Gesetz zum generellen. Es ist als ein modificirendes in das größere Fachwerk des **successorium edictum** einzufügen. Justinian erkennt in der Reihenfolge des **successorium edictum** die **sec. tab. b. p.** ganz entschieden an, da er nun aber doch dem **scriptus heres** die Agnition ganz erläßt (§. 159 Note 1[a]), und ihm in der **l. ult. C. cit.** genaue Vorschriften der Besitzergreifung giebt, so kann dies, wenn es sich nicht widersprechen soll, nur heißen: das Recht des **scriptus heres** auf die provisorische Besitzeseinweisung richtet sich für ihn persönlich eben nach diesen Vorschriften der **missio**, welche also an die Stelle der etwa abweichenden Regeln des Prätorischen Rechts treten, dagegen in Beziehung auf die Uebrigen, mit denen der **scriptus** in einer Reihenfolge steht, nimmt er ganz die Stelle ein, welche ihm das **successorium edictum** anweist. Er steht also hinter der für die **c. t. b. p.** laufenden Frist, und wenn diese unbenutzt verlaufen ist (oder aber, was am häufigsten der Fall ist, sich sogleich zeigen läßt, daß von derselben nicht die Rede sein könne), so kann er sein Recht auf die **missio** geltend machen. Seitdem Justinian dann durch seine Umgestaltungen des Notherbenrechtes die **c. t.** aufgehoben hat, fällt dieser Collisionsfall ganz hinweg, und der **scriptus heres** ist überhaupt der Erste, der ein provisorisches Besitzergreifungsrecht in Anspruch nehmen kann. Von der anderen Seite tritt er dann aber wieder mit den hinter ihm stehenden Intestatklassen in Collision, welche ein Recht auf das **Int. quor. bon.** nach Ablauf der für die **sec. tab. b. p.** anberaumten Frist haben. Dies findet auch noch nach der Nov. 118 Statt, denn die darin festgestellten Klassen sind nur innerliche Umgestaltungen der in den Institutionen anerkannten. Dem scheint nun aber zu widerspre-

chen, daß dem **scriptus heres** nach Justinians ausdrücklicher Erklärung sein Recht auf die **missio** in gar keine von selbst laufende Zeitfrist eingeschlossen sein soll. Indeß ist das keineswegs der Fall. Es ist kein Widerspruch, wenn man sagt, das Recht des **scriptus heres** sei an und für sich in keine Zeit eingeschlossen, aber es könne ihm durch einen anderen ebenfalls zur Besitzergreifung Berechtigten, wenn dieser in bestimmter Zeit zuvorkommt, entzogen werden. Es steht fest, daß die erste Intestatklasse, nach Ablauf von 100 Tagen für den **scriptus heres** mittelst Agnition der **b. p.** und des darauf gestützten Interdicts den Besitz erlangen kann. Geschieht dies, so verliert freilich der **scriptus heres** sein Recht auf Besitzergreifung, aber nicht direct dadurch, daß ihm seine Frist abgelaufen wäre, sondern dadurch, daß ein Anderer in der diesem zugestandenen Zeit ihm zuvorgekommen ist, er verliert sein Recht in Folge des unmöglich umzustoßenden Satzes, daß auf einen possessorischen Proceß nicht noch ein zweiter possessorischer, sondern lediglich ein petitorischer folgen kann (s. §. 147. Note 4). Im Uebrigen aber tritt es ganz klar hervor, daß der **scriptus heres** nicht in eine von selbst laufende Frist eingeschlossen ist, denn soweit lediglich seine Person und nicht das relative Verhältniß zu Anderen in Betracht kommt, da gelten nicht die Prätorischen Agnitionsregeln, sondern die Vorschriften der **missio**. Also wenn gar kein Intestaterbe hinter ihm steht, oder der vorhandene säumig ist, und das Interdict noch nicht angestellt hat, so kann der testamentarische ohne alle Einschränkung in 100 Tage oder 1 Jahr die **missio** erbitten, und vernichtet dadurch dem Intestaterben seinen Anspruch auf das Interdict, welches dieser aus der etwa schon vorgenommenen Agnition ableiten wollte, denn wo Zweien ein gleiches Recht auf Besitz zugestanden ist, da ist natürlich **melior conditio possidentis**, und bleibt dem Nichtbesitzer nur die **her. petitio** übrig.

Die **missio Hadriana** ist also nur als ein eigenthümlich gestaltetes Rechtsinstitut aufzufassen, welches man sich in die allgemeine Reihenfolge des **successorium edictum** an der Stelle der **sec. tab. b. p.** eingefügt denken muß. Dies Resultat ist das nothwendige Ergebniß, zu dem wir durch die Zusammenhaltung der beiden entschieden *nebeneinander* recipirten

Lehren gelangen, wir haben es also auch für das zu halten, was die Compilatoren vernünftiger Weise, wenn sie überhaupt an die ganze Frage gedacht haben, allein gewollt haben können. Wie ich schon vorher sagte, die wahre Absicht Justinians läßt sich hier wohl nie recht constatiren, wir müssen uns begnügen festzustellen, was die Lehren selbst, die doch mit einander in vernünftigem Einklang stehen sollen, uns als Hülfsmittel der Vereinigung darbieten. Aber wir besitzen wenigstens eine einzige Aeußerung Justinians, die, obgleich höchst unbestimmt gehalten, doch am einfachsten gerade auf das zu deuten ist, worauf uns die bisherige Beweisführung geleitet hat. Die l. ult. C. cit. sagt:

> **mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tum in judicio competente causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit.**

Es ist freilich sehr zweifelhaft, wen Justinian unter diesem **contradictor** versteht, ich halte es noch immer für das Wahrscheinlichste, daß darunter der Gegner verstanden ist, welcher in dem bereits beendigten Missionsverfahren besiegt wurde, und dem nun nichts übrig bleibt, als die **her. pet.** anzustellen, wobei es denn darauf ankommt, wer von Beiden das bessere wahre Erbrecht (**potiora ex legitimis modis jura**) nachweist [4]). Jedenfalls ist so viel gewiß, daß in jenen Anfangsworten: **non autem legitimo modo ab alio detinentur** nicht auf diesen **contradictor** gedeutet wird, denn Letzterer soll ja gerade durch die Mission zuerst den Besitz verlieren (**antea detinens**) und ihn nur, wenn er **potiora jura ostenderit**, wiederbekommen, während umgekehrt jener **alius**, der die Sachen **legitimo modo detinet**, von dem die Mission Nachsuchenden nicht in Anspruch

4) v. Löhr a. a. O. S. 332. ist anderer Meinung.

genommen werden soll. Wen kann nun Justinian hiemit haben bezeichnen wollen [5])? Einen Besitzer, welcher sich auf einen zu Lebzeiten des Testators begründeten Besitztitel stützt, kann er gar nicht meinen, denn er sagt ja, die Missionen geht auf die Sachen, welche der Erblasser noch **mortis tempore** besaß, also der jetzige Besitzer kann sie dann nicht mehr von dem Erblasser selbst erhalten haben. Nach dem Tode des Erblassers aber nimmt man die Sachen eigenmächtig als **pro herede** oder **pro possessore possessor** in Besitz, und es ist wiederum nicht zu bezweifeln, daß man gerade gegen diese eigenmächtigen Besitzergreifer mit der **missio** siegt, daß sie also zu den **legitimo modo** Detinirenden, gegen welche die **missio** unzulässig sein soll, nicht gehören. Danach bleiben, so viel ich zu sehen vermag, nur noch zwei Fälle übrig, auf welche sich die fraglichen Worte beziehen lassen. Justinian kann damit diejenigen meinen, welche die Sachen vom **pro herede** oder **possessore possessor** durch ein gültiges Rechtsgeschäft erworben haben, oder aber auch die, welche die Erbschaftssachen nicht eigenmächtig, sondern in Folge besonderer Autorisation in Besitz nehmen. Darunter aber sind dann nur andere Erbschaftsprätendenten zu verstehen, welche bereits mittelst des Interdicts gesiegt haben, und also aus dem richterlichen Spruch die Legitimation ihres Besitzes ableiten (**legitimo modo detinent**). Beide Deutungen sind an und für sich gleich möglich, aber vielleicht kann man sagen, daß es dem Justinian näher lag, an das Letztere als an Ersteres zu denken. Jedenfalls ist es vollkommen denkbar, daß er hier in der That auf das hingedeutet hat, was wir vorher auf dem Wege der inneren Argumentation schon gefunden haben. Da in der Compilation den übrigen Erbklassen nach den Regeln des **successorium edictum** das Interdict zugestanden worden ist, da aber keine zwei possessorische Processe hintereinander vorkommen können, so müssen wir, auch wenn jene fraglichen Worte nicht darauf hindeuteten, an dem Satze festhalten, daß die **missio** des testamentarischen Erben nur so weit bestehen kann, als dies ohne Beeinträchtigung des Rechts der übrigen Klassen möglich ist.

5) v. Löhr S. 330. läßt diese Frage unerklärt.

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Theile der bon. poss.

§. 163. Die Resultate des vorhergehenden Kapitels zerfallen in zwei Hauptsätze. In Beziehung auf die Wirkungen der erworbenen **b. p.** hat Justinian durchaus das schon früher begründete Recht bestehen lassen (**Nro. I—III.**), wonach bereits eine völlige Ausgleichung mit der **hereditas** Statt gefunden hatte. Dagegen in Beziehung auf die Delation und Erwerbung der **b. p.** enthält die Justinianeische Compilation eine wesentliche Fortbildung des früheren Rechtes. Die Prätorischen Erbklassen sind in das Civilrecht aufgenommen, also mit unter die civilrechtlichen Delations- und Acquisitionsregeln gestellt worden. Dagegen die Prätorischen Delations- und Acquisitionsregeln bestehen noch, um einestheils allen Erbklassen das possessorische Rechtsmittel auf die **corpora hereditaria** zugänglich zu machen, anderntheils für einzelne besondere Nebeninstitute der **b. p.** (**Nro. IV.**)

Nachdem diese allgemeinen Grundsätze festgestellt worden sind, müssen wir noch näher auf die Gestalt der einzelnen Theile in der Compilation eingehen, um die Folgerungen zu ziehen, welche uns jene allgemeinen Grundsätze darbieten. Wir werden hiebei in den ersten Punkten sehr kurz sein können.

I. Die ordinären ins Civilrecht recipirten Erbklassen.

§. 164. Wir gehen diese in der Reihenfolge des Notherbenrechtes, der testamentarischen Succession, und der Intestaterbfolge nur flüchtig durch, da ihre Stellung im vorhergehenden Kapitel schon genügend ausgeführt worden ist. Nur die mittlere wird uns etwas länger beschäftigen.

1. Das Notherbenrecht der **sui** und **emancipati**, wenn sie nicht gehörig instituirt oder exheredirt waren, ist bekanntlich in der eigentlichen Compilation (Institutionen, Pandekten und Coder) entschieden anerkannt, und es wird nur darüber gestritten, ob es nicht durch die spätere Novellengesetzgebung aufgehoben sei. Ich kann auf diese in neueren Zeiten so viel besprochene Frage hier nicht weiter eingehen; freilich bin auch ich der Ansicht, daß Justinian das formelle Notherbenrecht durch seine späteren Gesetze völlig vertilgt hat, eine Ansicht, die schon die Basilikenscholiasten so constant anerkannt haben [1]), aber es lassen sich zur Vertheidigung derselben vielleicht noch gewichtige Gründe anführen, die bisher nicht benutzt worden sind. Es würde mich dies indeß so sehr in andere Lehren hinüberführen, daß es unräthlich ist, sie diesem Werke einzuverleiben.

2. Die testamentarische Succession. Es ist eine im langen Lauf der Jahrhunderte bei der Mehrzahl der Schriftsteller sich wiederholende Ansicht gewesen, daß freilich die Prätorischen Testamente zu Civilrecht erhoben worden seien, nichts destoweniger aber in Beziehung auf die weiteren Rechtsregeln der testamentarischen Succession bei allen Abweichungen des Prätorischen vom Civilrecht noch immer die Agnition der **b. p. sec. tab.** eine Vorschrift des practischen Rechtes sei [2]). Hier

1) Man vergleiche Heimbachs Basiliken **IV.** p. 16. p. 27. p. 40. p. 43. 44. p. 141. p. 161. p. 163. p. 191.

2) Ich citire auch hier einstweilen nur einige neuere Schriftsteller, und verweise in Beziehung auf die Uebrigen auf das fünfte Buch. Koch, b. p. S. 188. u. S. 352. (Er findet es nicht nöthig, die einzelnen Fälle der Abweichung anzugeben, und verweist dafür auf **Stryk**) Höpfner Commentar. §. 660. (Nach einer Aufzählung der einzelnen Fälle sagt er: „es ist also ein grober Irrthum, wenn man sich einbildet, daß die Lehre von der b. p. keinen praktischen Nutzen habe.") Thibaut Pandekten (8. Aufl.) führt die einzelnen Fälle

ſoll gerade (abgeſehen von der **b. p. unde vir et uxor**) der wenn auch enge Boden vorhanden ſein, auf dem die **b. p.** noch heutzutage beſteht.

Wir müſſen aber die Frage in zweie theilen, erſtlich ob in der Juſtinianeiſchen Compilation das Prätoriſche Recht der **sec. tab. b. p.** noch abgeſondert vom Civilrecht beibehalten worden ſei, und zweitens, wenn dies auch der Fall wäre, ob noch unſer heutiges Recht hierin das Juſtinianeiſche anerkenne. Die zweite Frage werden wir in dem folgenden Buche prüfen, ich mußte ſie nur hier ſchon hervorheben, um gleich zu bemerken, daß die meiſten Schriftſteller wenn ſie Etwas als Juſtinianeiſches Recht anerkennen, es auch zugleich ohne weitere Unterſuchung unſerem practiſchen Rechte vindiciren. Wenn ſie alſo den Worten nach häufig die zweite Frage zu beantworten ſcheinen, ſo haben ſie doch in der That (da ſie an die Möglichkeit einer Rechtsänderung gar nicht denken) nur jene erſte, die uns hier beſchäftigt, vor Augen.

Für dieſen Satz nun, daß alle eigenthümlichen Prätoriſchen Regeln der teſtamentariſchen Succeſſion noch in der Juſtinianeiſchen Compilation ſtreng vom Civilrecht zu ſcheiden ſeien, ſind niemals beſondere Gründe weiter vorgebracht worden, vielmehr hat man ihn nur als ſich von ſelbſt ergebende Folge aus der oben ſchon (§. 154. Note 1.) erwähnten Anſicht abgeleitet, daß die **b. p.** als ein geſchloſſenes Syſtem recipirt worden ſei. Wo daher es in den Pandekten von Jemandem, den das Civilrecht ausſchließt, heiße: **b. p. petere potest**, da ſei ihm dies denn auch der einzige Weg um zur Erbſchaft zu gelangen, m. a. W. die **sec. tab. b. p.** ſei in allen dieſen Fällen **necessaria**. Aber dieſer Ausdruck **b. p. petere potest** beweiſt gar nichts, die Compilatoren konnten ihn, auch wenn ſie das Prätoriſche Recht ganz ins civile aufnehmen wollten, unbedenklich und ohne Mißverſtändniß zu fürchten, ſtehen laſſen. Die Agnition der **b. p.** beſteht ja noch fortwährend im Juſtinianeiſchen Rechte, ſie iſt eine beſonders formelle Art der Erbantretung, die die **pro herede**

an verſchiedene Orte zerſtreut auf §. 891. 945. 954. 956. 966. 969. 975. 478. Mühlenbruch Pandekten erwähnt mehre Fälle im §. 650. 780. 782. 783. Göſchen Vorleſungen V. §. 990. Puchta Pandekten §. 462. 475. 483.

gestio involvirt, die aber auch gerade, wie wir aus Justinians Constitutionen ersehen, durch diese **pro herede gestio** ersetzt werden kann. Justinians Compilatoren ließen jenen Ausdruck stehen, weil sie überhaupt im ganzen **Corpus juris** die **b. p.** so behandeln, daß man noch allenthalben die früheren Zustände der Prätorischen Jurisdiction wiedererkennen kann. Aber darin liegt gar kein Gegengrund, daß man nicht, ebenso wie in der Intestatsuccession die Prätorischen Erweiterungen mit den übrigen Elementen zu einem Civilrecht zusammengeflochten sind, so auch in der testamentarischen Succession die freieren Grundsätze des Prätors ganz als Theil des Civilrechts aufzufassen hätte, also auch, wenn es gleich heißt: **b. p. petere potest**, dennoch die Agnition durch civilrechtliche Antretung ersetzen könnte. Justinian hat die **sec. tab. b. p.** allgemein zu einer **necessaria** erhoben, und daß dies ganz etwas Anderes heißt, als was man heutzutage darunter versteht, ist oben entwickelt worden. Außerdem ist ja aber bei der testamentarischen Succession noch um so weniger von einer Nothwendigkeit der Agnition zu reden, da sie auch in Hinsicht auf das besondere **beneficium** der provisorischen Besitzeinweisung schon vor Justinian hinweggefallen und durch die **missio** ersetzt worden war, und es liegt, wie wir gesehen haben (§. 162.), kein Grund für die Annahme vor, daß Justinian diesen Rechtszustand wieder verändert habe. Das Resultat ist hiernach, daß, wenn wir in den Pandekten lesen: **b. p. petere potest**, dies so viel heißt als **praetorio jure succedere potest**, wodurch uns also eine Hinweisung auf den historischen Ursprung des fraglichen Satzes aus der **Praetoria jurisdictio** gegeben wird, ohne daß wir aber deßhalb in solchen Fällen nicht ebenso wie in allen anderen den Erbprätendenten auch durch **her. aditio** zum definitiven Erbrecht gelangen lassen müßten. —

Es bleibt uns jetzt noch übrig, die einzelnen Fälle namhaft zu machen, in denen durch Reception der freieren Prätorischen Grundsätze die testamentarische Succession erweitert worden ist. Frühere Schriftsteller sind bei dieser Aufzählung nicht immer mit großer critischer Sorgfalt verfahren.

a) Zuerst muß hervorgehoben werden, welche Bedeutung in der Justinianeischen Compilation jene vier Fälle der vitiösen Te-

ſtamente haben, in denen der Prätor trotz der civilrechtlichen Nichtigkeit **sec. tab. b. p.** gegeben hatte, (Buch II. Kap. 4.) alſo das **testamentum non jure factum, ruptum** (wegen eines vor dem Erblaſſer wieder geſtorbenen **postumus**), **irritum**, und das in Folge des Abſtinirens eines präterirten **suus** aufrecht erhaltene Teſtament. Für einen fünften Fall (nämlich wenn ein präterirter **filius jam natus** vor dem Erblaſſer verſtarb) hat, wie im §. 108 nachgewieſen iſt, nie ein Prätoriſcher Schutz beſtanden, der denn auch von Juſtinian nicht recipirt werden konnte, und alſo nicht erſt durch die Geſammtaufhebung des formellen Notherbenrechtes wieder weggefallen iſt.

In Beziehung auf das **non jure factum test.** iſt es nicht zweifelhaft, daß ſich daraus das Prätoriſche Teſtament entwickelt hat, welches Juſtinian, mit Zurückdrängung des civilen ſchriftlichen, als die allgemeine regelmäßige Teſtamentsform anerkannt hat (ſ. §. 133.). Die Anſicht Kochs: daß noch neben dieſem auf **l. 21. C. de test.** geſtützten Teſtamente auch aus einer bloß **septem testium signis** ſignirten Urkunde eine **sec. tab. b. p.** gegeben werden müſſe, weil dies ja doch in den Pandekten ſtehe [3]), — dieſe Anſicht iſt ſo ſchwach, daß ich mich nicht weiter darauf einzulaſſen brauche [4]).

Das **testam. ruptum** hatte ſchon durch Hadrians Reſcript (§. 110. Nro. 2) den Charakter eines vitiöſen Teſtaments verloren, nur beſtand die Eigenthümlichkeit fort, daß der Eingeſetzte, um zur Erbſchaft zu gelangen, die **b. p.** nothwendig agnosciren mußte. Da nun dies in der ſpäteren Kaiſerzeit allen teſtamentariſchen Erben erlaſſen wurde, ſo verſchwand damit aller Unterſchied von den gültigen Teſtamenten, und wir können ſagen, ebenſo wie das **non jure factum** zum vollgültigen Teſtament erhoben worden iſt, ſo wird auch ein Teſtament durch einen **postumus**, der vor dem Erblaſſer wieder wegfällt, gar nicht mehr afficirt. Daß die Inſtitutionenverfaſſer hievon eine ganz klare Anſchauung gehabt haben, ſehen wir aus den **§. 6. I. quib. mod. test. infirm.**, wo eben dies **non jure**

3) ſ. z. B. fr. 7. de b. p. sec. tab. — „sufficit ad b. p. dandam, septem testium signa comparere".

4) Koch b. p. §. 25. ſ. dagegen ſchon Höpfner Commentar. §. 660. Nov. 1. Weber Erl. der Pand. nach Helff. II. S. 309.

factum und **ruptum test.**, von denen Gaius II. 147 sprach, gestrichen worden ist, so daß nur noch das **irritum testamentum** übrig bleibt.

Für dies **irritum test.** scheint nun aber doch Justinian das frühere Recht unverändert recipirt zu haben, so daß also die Agnition der **b. p.** in diesem Falle noch immer eine Nothwendigkeit wäre? Keineswegs. Wenn dies der Grund für die Aufnahme jenes §. 6. **cit.** wäre, so müßte ja die Nothwendigkeit der Agnition auch noch für das **ruptum** aus **fr. 12. de inj. rupto test.** gefolgert werden, und dann hätte Justinian auch in dem §. 6 das **ruptum** nicht wegstreichen können. Der Grund, um dessentwillen man von den drei Fällen nur das **irritum** in die Institutionen aufnahm, ist vielmehr ein anderer, wie er sich aus dem **fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.** und meiner früheren Darstellung (§. 107.) von selbst ergiebt. Das **irritum** ist nicht durch späteres Kaiserrescript zu einem absolut gültigen Testament geworden, es ist stets und so auch unter Justinian ein vitiöses aber freilich **non per omnia inutile testamentum** geblieben, wenn gleich für alle drei Fälle die Nothwendigkeit der Agnition weggefallen ist. Es gilt für das **irritum** noch immer jene ursprüngliche Prätorische Rechtsregel, und dies deuten eben die Institutionenworte an: **potest scriptus heres sec. tab. testamenti b. p. agnoscere**, d. h. der **scriptus** kann aus diesem **non per omnia** ungültigen Testamente unter gewissen Voraussetzungen **praetorio jure** succediren. Wie dies geschehe, wird in diesem §. 6 nicht weiter auseinandergesetzt, wir ersehen es aber aus jenem **fr. 11. §. 2. cit.**, worin die Prätorische Rechtsregel weiter entwickelt wird. Das Testament ist hiernach heutzutage noch immer **per exceptionem** ungültig; **scriptus heres si possessionem petat** (d. h. jetzt: wenn er auch die **her. pet. possessoria** anstellt) **exceptione doli mali summovebitur**; — also nur wenn er selbst der nächste Intestaterbe ist, so erhält er auf alle Fälle das Vermögen. Wo nicht, so kommt es darauf an, ob entweder keine Intestaterben vorhanden sind, die ihm die **doli exc.** entgegensetzen, oder ob der Testator, nachdem er wieder **sui juris** geworden war, das Testament noch einmal anerkannte, denn dadurch wird die **doli exceptio** der Intestaterben vernichtet. War aber

der Teſtator vor ſeinem Tode gar nicht wieder **sui juris** geworden, ſo kann das Teſtament nicht bloß in den angegebenen Fällen **per exceptionem** vernichtet werden, ſondern es iſt (weil ſich hierauf jener Prätoriſche Schutz gar nicht bezieht) **ipso jure** ungültig [5]).

Ueber das wegen Abſtention eines präterirten **suus** ungültige Teſtament habe ich nichts weiter zu bemerken. Das im §. 109. darüber Geſagte gilt auch noch als Juſtinianeiſches Recht, es iſt ein **jure Praetorio** aufrecht erhaltenes Teſtament, nur daß der darin Eingeſetzte nicht nothwendig der Agnition der **b. p.** bedarf. Indeß iſt dies noch weſentlich wieder umgeſtaltet worden durch das Notherbenrecht der Nov. 115.

b) Ein fernerer Fall, in welchem das Recht der teſtamentariſchen Erben durch den Prätor erweitert wurde, iſt, daß dem unter einer Bedingung eingeſetzten Erben in gewiſſen Fällen der Beſitz der Erbſchaft ſchon vor Eintritt der Bedingung gegen Caution eingeräumt wird. Dieſe Regel iſt entſchieden von Juſtinian recipirt [6]), aber auch hier haben wir nur das Materielle der Regel als beſtehend anzunehmen, die formelle Vorſchrift, daß er nothwendig **sec. tab.** agnosciren müſſe, iſt unter Juſtinian weggefallen. Der Erbe gelangt alſo bei caſuellen Bedingungen heutzutage ebenſo zur Erbſchaft, wie bei den **conditiones non faciendi** durch die **Cautio Muciana**, er kann

5) Ich glaube, daß ich für das im Texte Geſagte keine weiteren Beweiſe hinzuzufügen brauche. Es iſt das einfache Reſultat, wenn man ſich das im §. 107 Ausgeführte mit den Grundſätzen des Juſtinianeiſchen Rechtes combinirt, weßhalb mir denn auch das von Puchta Pand. §. 462. Note f. über dieſen Fall Bemerkte mehrfache leicht erkennbare Mißverſtändniſſe zu involviren ſcheint. Von einer **b. p. cum** und **sine re** kann nicht mehr die Rede ſein, aber auch wenn wir dieſe Ausdrücke einmal mit Puchta beibehalten wollten, ſo iſt weder das Teſtament allgemein **cum re** gegen die Inteſtaterben, noch auch umgekehrt nur dann (was Puchta vorzuziehen ſcheint), wenn der Eingeſetzte der nächſte Inteſtaterbe iſt.

6) **fr. 5. pr. 6. 10. 12. de b. p. sec. tab. fr. 8. pr. de stip. praetor.** Wie ſich die Gränzen dieſer Caution zu der **cautio Muciana** verhalten ſ. b. Puchta Pand. §. 475. Uebrigens braucht heutzutage die Prätoriſche Caution nicht mehr nothwendig, wie Puchta ſagt, eine fideiuſſoriſche zu ſein. Mühlenbruch Commentar Bd. 41. S. 192.

mithin, wenn er nur Caution leistet, ohne weitere Agnition, durch **missio Hadriana, hereditatis petitio**, oder auch (wenn noch Niemand Besitz ergriffen hat) eigenmächtig den Besitz erlangen. Es ist wohl zu bemerken, daß man, ganz abgesehen von unserem allgemeinen Grundsatz über die Unnöthigkeit der Agnition bei den Prätorischen Erweiterungen, hier schon deßhalb mit Unrecht von einem Fall der s. g. **b. p. necessaria** gesprochen hat, weil auch schon zur Zeit der klassischen Juristen der Prätor seine Regel auf das Civilrecht übertrug, also den **scriptus**, wenn dieser auch nur eigenmächtig den Besitz ergriffen hatte, gegen Leistung der Caution im Besitze ließ [7]).

c) Wenn Jemand von zwei hintereinander errichteten Testamenten das zweite in der Absicht vernichtet, um das erste wieder gelten zu lassen, so bleibt freilich nach den Grundsätzen des Civilrechts dies erste nichts destoweniger nichtig, aber der Prätor erhielt es aufrecht, indem er es für eine **juris scrupulositas** erklärte, mehr als den erweislichen Willen des Testators zu fordern, daß er das erste Testament wieder gelten lassen wollte. Denn es mußte ja doch auch nach Civilrecht gelten, wenn er mit jenem ersten Testament, ohne das Geringste daran zu verändern, nur noch einmal dieselben Formalitäten vornähme, und hieran festzuhalten scheint dem Prätor unnöthig. Er erklärte demnach auch hier, daß die **voluntas quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligitur**, und das Testament wird in derselben processualischen Weise aufrecht erhalten, wie jenes **testamentum irritum**, mit dem es auch der Römische Jurist zusammenstellt [8]). Der Gegner kann sich nämlich mittelst der **doli exceptio** darauf berufen, das erste Testament sei trotz der Kassirung des zweiten nichtig, aber wenn der Kläger nun beweist, daß das zweite in der Absicht, das erste gelten zu lassen, vernichtet sei, so wird dadurch die Exception ebenso wie jene aus der Arrogation hergenommene vernichtet, also das Testament ist nach Prätorischem Rechte gültig, und nach unserem

7) fr. 12. 13. qui satisdare cogantur. Dies hängt mit dem Verfahren zusammen, welches der Prätor bei positiven Potestativbedingungen kraft seiner Machtvollkommenheit auch gar nicht bloß für bonorum possessores beobachtete, fr. 23. de her. inst. §. 114. Note 9.

8) fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.

allgemeinen Grundsatze braucht denn auch der Eingesetzte gar nicht nothwendig **b. p.** zu agnosciren [9]).

d) Der Prätor befolgte im Uebrigen den Satz, daß die **supremae tabulae** allein in Betracht kämen [10]), und dies stimmte ganz mit dem Civilrecht überein. Dagegen wenn zwei gleichzeitig errichtete Testamente vorhanden waren, so gab er aus beiden zusammen eine **sec. tab. b. p.** [11]), und indem Justinian diesen Satz aufnimmt, ist dies also nicht mehr ausschließlich an die Agnition der **b. p.** geknüpft.

e) Andere Erweiterungen der testamentarischen Succession, welche, als dem älteren Civilrecht fremd, Justinian aus der Prätorischen Jurisdiction recipirt habe, sind freilich noch mehrfach angeführt worden, lassen sich aber aus den Quellen nicht erweisen. So meinte man, der Prätor habe ein durch Präterition des Sohnes nichtiges Testament, in Folge des von Letzterem schon bei Lebzeiten des Erblassers erklärten Erbverzichtes aufrecht erhalten [12]), und ebensowenig ist auch wohl, wie Thibaut anzunehmen scheint, in der Regel des Prätors etwas Besonderes dem Civilrecht Unbekanntes zu finden, daß man nämlich Anspruch auf die testamentarische Succession habe, sobald man nur die Existenz und den Inhalt des nachher verlo-

---

9) s. auch Mühlenbruch Commentar. Bd. 38. S. 480.

10) fr. 1. §. 1. de b. p. sec. tab.

11) fr. 1. §. 6. eod. s. darüber Mühlenbruch a. a. O. — Wenn zwei Testamente vorhanden sind, die gar nicht erkennen lassen, welches später sei, so sind sie wohl ebenfalls als gleichzeitige zu behandeln. Der Erblasser ist freilich nicht verpflichtet, die Errichtungszeit im Testamente anzugeben; aber wenn er uns gar keine Mittel angiebt, zu erkennen, welches das spätere sei, so ist es doch das Natürlichste anzunehmen, er werde überhaupt nicht den Willen gehabt haben, das Eine durch das Andere aufzuheben. Er hätte deutlich sich darüber ausdrücken sollen, also wo wir gar keine Anhaltspunkte haben, welcher sein letzter Wille sei, nehmen wir in Folge des favor testamentorum nicht beide Testamente als ungültig, sondern beide als einen letzten Willen an.

12) Höpfners Institutionen-Commentar §. 660. Nr. 4. s. dagegen Francke N. E. R. S. 112. Thibaut Pandekten §. 969. Nr 7. (d. 8. Aufl.).

ren gegangenen Testamentes für das **mortis tempus** nachweisen kann [13]).

3. Die Intestatsuccession. Die gewöhnliche Ansicht ist, daß die vier Klassen der **b. p.** an und für sich unverändert in die Justinianeische Compilation recipirt seien, daß dann erst die Novelle 118 die drei ersten aufgehoben, und Civilrecht an die Stelle gesetzt habe, also die **b. p. unde vir et uxor** die einzige noch ganz wie früher lediglich auf der Prätorischen Jurisdiction ruhende Erbklasse sei. Wie wenig hiermit die durch die gesammte Compilation hervorleuchtende Absicht, das Prätorische Recht nicht mehr als ein selbständig abgeschlossenes bestehen zu lassen, vereinbar ist, habe ich im vorigen Kapitel ausgeführt. Ich muß hier nur noch kurz eines Punktes gedenken, bei dem sich ebenso wie bei der **b. p. unde vir et uxor** das Streben vieler Schriftsteller zeigt, so viel wie möglich einzelne kleine Ueberreste der alten **b. p.** hervorzuziehen, um doch wenigstens in einigen verhältnißmäßig unbedeutenden Fällen eine directe „practische" Anwendbarkeit des Prätorischen Systems zu rechtfertigen. Ich meine nämlich die vielbesprochene Frage über die Bedeutung der **l. 3. C. unde liberi** in der Justinianeischen Compilation [14]). Man hat aus ihr ein besonderes Prätorisches **beneficium** abgeleitet, welches auch noch heutzutage neben der Novelle 118 bestehen soll, eine **b. p. extraordinaria**, welche **necessaria** sei, wonach der Großsohn die Erbschaft seines Vaters, wenn diese mit Schulden überlastet sei, ausschlagen, und dennoch die vom Vater schon erworbene Erbschaft des Großvaters annehmen dürfe [15]). Ich halte es nicht für nöthig, hier noch weiter auszuführen, daß

13) fr. un. si tab. test. exstab. fr. 1. §. 3. de b. p. sec. tab. s. Thibauts Pandekten §. 891.

14) Sie ist bekanntlich aus l. 5. Th. C. de matern. bon. (8. 18) interpolirt.

15) s. z. B. Koch b. p. S. 279. u. 353. — dagegen v. Löhr Magazin III. S. 247–249. — Thibaut Pand. II. §. 868 geht einen gar nicht zu rechtfertigenden Mittelweg zwischen beiden Ansichten. Es sei keine b. p. extraordinaria, die großväterliche Erbschaft müsse dem Vater angefallen, aber noch nicht durch positive Handlungen unwiderruflich erworben sein; dann aber sei es ein besonderes noch nach

dies in der Stelle nicht steht, und nur mit der willkührlichsten Interpretation daraus gefolgert werden kann. Viel eher ist die andere Ansicht zu billigen, welche Koch verwirft, die aber heutzutage von Vielen angenommen wird, daß Justinian durch die völlig umgestaltende Interpolation jener l. 5. Th. C. de mat. bon. habe andeuten wollen, es solle in der aus altem Civilrecht, Prätorischem und Constitutionenrecht zusammengeschmolzenen Klasse der sui und der, qui suorum loco sind, eine graduum possessio bestehen [16]). Vor Justinian war, wie oben (§. 103 am Ende) ausgeführt ist, diese graduum successio bei der b. p. unde liberi undenkbar, umgekehrt aber läßt sich, obgleich ich das hier nicht weiter begründen kann, aus der Nov. 118. nachweisen, daß Justinian in allen Klassen eine graduum successio anerkannte. Da nun, wie ich im vorigen Kapitel gezeigt habe, schon vor der Nov. 118 alle regelmäßigen Erbklassen zu civilrechtlichen erhoben worden waren, da sie alle durch ordinum successio verbunden sind, da auch in der Agnatenklasse eine graduum successio eingeführt ist [17]), so ist es durchaus das Wahrscheinlichste, daß er sie auch für die Descendentenklasse gelten lassen wollte, und jedenfalls kann die l. 3. C. cit. ungezwungen in diesem Sinn gedeutet werden. Die erste Intestatklasse, wie sie in den Institutionen erscheint, enthält durchaus schon die Ideen, die dann nur in der Nov. 118. noch klarer ans Licht treten, und es ist daher nicht glaublich, daß Justinian noch an dem alten Satze festgehalten hätte, es sollten nur die, welche mortis tempore ohne Mittelsperson sich an den Erblasser anknüpfen, als Descendenten zur Successsion gerufen werden, wogegen die Uebrigen nur in der dritten Klasse, der successio cognatorum, Anspruch auf die Erbschaft machen könnten.

II. Die Delations- und Acquisitionsregeln des Justinianeischen Civilrechts.

§. 165. Die ordinären Erbklassen, die Justinian aus Ci-

der Nov. 118 bestehendes beneficium des Prätors, daß der Enkel die Erbschaft des Großvaters annehmen, die des Vaters ausschlagen dürfe.

16) s. v. Vangerow Leitfaden II. §. 407 am Ende.

17) §. 7. I. de legit. agnat. succ.

vilrecht und Prätorischem zusammenschmolz, wurden, wie im vorigen Kapitel weitläuftig nachgewiesen ist, unter die civilrechtlichen Grundsätze von Delation und Acquisition der **hereditas** gestellt. Ich brauche deßhalb hier nicht weiter dabei zu verweilen. Justinian nimmt für alle Erbklassen allerdings eine **ordinum** (und in manchen Klassen auch eine **graduum**) **successio** an, und die Idee davon hat er freilich dem **successorium edictum** entlehnt, aber sie ist doch wesentlich umgestaltet, und zu einer eigenen civilrechtlichen **successio** geworden. Der folgende Grad, die folgende Klasse wird nicht nach Ablauf einer bestimmten Zeit gerufen, sondern erst **si nemo exstat, qui successionem quoquo modo amplectatur.** Der Vorhergehende ist nicht durch eine **ipso jure** laufende Frist, deren Ablauf ihm sein Erbrecht entzöge, gebunden, er steht nur unter den Beschränkungen, die ihm durch das **spatium deliberandi** und die Inventarsfrist auferlegt sind. Wer aber überhaupt antreten will, kann, wie Justinian so entschieden voraussetzt, **successionem quoquo modo amplecti** d. h. durch **hereditatis aditio** (so wird jetzt im engeren Sinne die formlose Willenserklärung gewöhnlich genannt) oder **pro herede gestio** oder auch durch **bonorum possessionis agnitio.** Die letztere ist jetzt im Gegensatz der civilrechtlichen Antretung die formellere solenne Handlung geworden, welche ganz als **pro herede gestio,** also als definitiver Erbschaftserwerb gilt, aber auch dazu dienen kann, dem Erbittenden noch ein besonderes **beneficium** zu gewähren.

Während also die civilrechtliche Antretung hiernach als die einfachere freiere Handlung erscheint, so ist doch die Frage, ob nicht in einem Punkte das umgekehrte Verhältniß auch noch unter Justinian bestehen geblieben sei, nämlich in Beziehung auf die Vornahme dieser Handlung durch Stellvertreter. Bei diesem wichtigen Punkte müssen wir noch länger verweilen.

Es ist bekannt, daß die **b. p.** von jeher durch Stellvertreter agnoscirt werden durfte, während die früher allgemeine Antretungsform des Civilrechts, die **cretio,** (§. 135. Nr. 3.) dieselben als ein **actus legitimus** entschieden nicht zuließ, sowie sie denn auch nicht an Zeit und Bedingung geknüpft wer-

den konnte [1]). Hat nun Juſtinian, der die **cretio** aus allen Stellen des **Corp. jur.** ſtreicht, und lediglich die **pro herede gestio** und die formloſe **her. aditio** anerkennt, der daneben die formellere Agnition der **b. p.** nur zur beliebigen Auswahl des Berufenen beſtehen läßt, — hat er den alten Unterſchied zwiſchen der **b. p.** und **cretio** beibehalten, indem er die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung von der letzteren auch auf die ganz freie und formloſe **her. aditio** übertrug?

Dieſe Frage wird gewöhnlich heutzutage ganz entſchieden bejaht [2]), und es wird wohl Niemand leugnen, daß mit einer ſolchen Antwort man in einen directen Widerſpruch mit dem geräth, was das praktiſche Leben als eine vernünftige Rechtsbildung fordert. Es iſt unverkennbar, daß in gewiſſer Weiſe die Stellvertretung bei der Erbſchaftsantretung als eine Nothwendigkeit erſcheint, weßhalb denn auch, wie wir ſehen werden, die Praxis da, wo das Juſtinianeiſche Recht nicht auszureichen ſchien, ſich ſelbſt geholfen hat. Es hat daher großes Intereſſe, zu unterſuchen, ob in der That das Juſtinianeiſche Recht die dem Lebensbedürfniſſe widerſprechenden Feſſeln enthält, und ob ſich nicht feſte wiſſenſchaftliche Regeln finden laſſen, die, aus dem Weſen der Sache hervorgehend, unſerem heutigen Gewohnheitsrechte entſprechen. Obgleich wir in dieſem Buche nur erſt die Juſtinianeiſche Compilation unterſuchen, wird es doch paſſend ſein, das ſpätere deutſche Gewohnheitsrecht in dieſem Punkte gleich damit zu verknüpfen.

Ich muß bei dieſer Frage auf eine Unterſcheidung zweier Punkte aufmerkſam machen, die man, wie mir ſcheint, bisher nicht genug hervorgehoben hat. Wir können uns nämlich einerſeits eine Menge von Fällen denken, in denen wir eine Stellvertretung bei der Erbantretung für unzuläſſig erklären müſſen, nicht weil eine ſpecielle willkührliche Vorſchrift des poſitiven

1) fr. 77. de regul. jur. — Wir werden im Verlauf der Darſtellung ſehen, daß die Frage über die bedingten Erbantretungen mit der über die Zuläſſigkeit von Stellvertretern im genauen Zuſammenhange ſteht.

2) ſ. Averanius Interpr. jur. l. 12. Thibaut Pand. (8. Aufl. §. 869) Mühlenbruch Pandekten §. 702. Commentar Bd. 42. S. 396 ff. Puchta Pand. §. 497.

Rechtes uns darüber vorliegt, sondern schon deßhalb weil die Grundprincipien unseres Erbrechts mit Nothwendigkeit eine solche Antwort fordern. Andererseits giebt es aber wieder eine Reihe anderer Fälle, die sich lediglich aus der positiven Gestalt der **cretio** im Römischen Rechte erklären, welche als ein **actus legitimus** Vielerlei nicht zuließ, was, sobald die Erbantretungshandlung von diesem starren civilrechtlichen Charakter entkleidet wird, keinen Sinn mehr hat. Wir können diesen Gegensatz sogleich an dem Unterschiede erkennen, welcher zur Zeit der klassischen Juristen zwischen der **cretio** und **b. possessionis agnitio** bestand, indem natürlicher Weise bei Letzterer nur die Schranken anerkannt zu werden brauchten, die das Grundwesen des Erbrechts von selbst mit sich brachte.

Zu den für unsere Frage in Betracht kommenden allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts gehören namentlich folgende. Das Erbrecht ist ein höchstpersönliches Recht, und um es erwerben zu können, muß der Berufene selbst über die Hauptpunkte des vorliegenden Erbfalles vollkommen klare Kenntniß haben. Er muß wissen, daß der Erblasser gestorben sei, er muß den Delationsgrund und dessen Rechtsmäßigkeit kennen, er muß wissen, daß kein Anderer früher Berufener vorhanden sei [3]). Um diesem Allen genügen zu können, muß er aber natürlicher Weise ein vollkommen willensfähiger Mensch sein, und, diese Willensfähigkeit vorausgesetzt, so muß sein Wille ein durchaus ernstlicher und entschiedener sein, denn erst von da an, wo er dies geworden ist, kann man vernünftiger Weise die so weitgreifenden Wirkungen des Erbewerbens datiren. Alle Bedingungen also, die erst in der Zukunft nach der Erwerbshandlung sich constatiren würden, sind nothwendig unzulässig [4]).

Einen ganz anderen Charakter haben die speciellen Vorschriften bei der **cretio**. Daß bei derselben nicht einmal Bedingungen, die in der Sache selbst liegen, auch formell ausgesprochen werden durften [5]), daß kein Stellvertreter die Cretionsformel aussprechen konnte, erklärt sich lediglich aus dem po-

3) fr. 19. fr. 32. pr. §. 2. — fr. 22. — fr. 17. pr. fr. 30. §. 8. — fr. 30. §. 3. u. 4. de acq. vel om. her.

4) fr. 51. §. 2. de acq. vel om. her.

5) fr. 77. de reg. jur.

sitiven Wesen der altcivilrechtlichen an bestimmte Worte gebundenen Handlungen [6]).

Wir haben jetzt von dem Gesagten die Anwendung auf unsere Frage zu machen:

1) Wenn der Berufene eine Person ist, die keinen vollgültigen Willen fassen kann, so bringt es nicht bloß eine willkührliche rein positive Vorschrift, sondern das Wesen des Erbrechts mit sich, daß wir hier an und für sich eine Erbantretung für unmöglich erklären, denn der Berufene selbst kann in Folge seiner Willensunfähigkeit sie nicht vornehmen, er kann auch Niemanden einen Auftrag ertheilen, und die ihm in sonstiger Weise zur Seite stehenden Stellvertreter, Tutoren, Curatoren uud Andere, können lediglich durch ihre eigenen Handlungen das höchstpersönliche Erbrecht dem Vertretenen nicht erwerben. Wenn wir also dennoch in diesen Fällen hie und da finden, daß der Stellvertreter für die willensunfähige Person soll antreten können, so müssen wir dies allerdings meist für eine sehr vernünftige Rechtsvorschrift erklären, da gerade bei denen, die nicht selbst handeln können, es am Klarsten als practisches Bedürfniß hervortritt, daß Andere für sie auftreten dürfen. Aber wir haben dies immer nur als **jus singulare**, als ein besonderes **beneficium** des positiven Rechtes aufzufassen, das, so weit es nicht entschieden durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht anerkannt ist, die Geltung der allgemeinen Grundregel nicht aufhebt.

Man könnte hiergegen einwenden wollen, die **b. p. agnitio** sei ja doch, wie ich eben bemerkte, rein nach den allgemeinen Regeln des Erbrechts behandelt worden, diese Agnition habe nun jeder Vertreter für Willensunfähige vornehmen können, mithin sei daraus die Zulässigkeit der Stellvertretung nach allgemeinen Grundsätzen zu ersehen. Aber gerade dieser Satz, jeder Curator, Tutor habe die **b. p.** im Namen des Handlungsunfähigen allein agnosciren können, ist entschieden unrichtig, wie wir alsbald sehen werden. Zudem finden wir, daß über die Fragen, wie weit man den Curator ꝛc. handeln lassen dürfe, unter den Römischen Juristen vielfach verschiedene An-

6) Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 401.

sichten herrschten, woraus man leicht ersieht, daß es sich hier nicht um ein entschieden anerkanntes Princip des Erbrechts, sonderm umgekehrt darum handelte, wie weit man von dem allgemeinen Grundprincip um des practischen Bedürfnisses willen (**expediendarum rerum gratia** [7])) **jure singulari** abgehen dürfe. Endlich ist wohl im Auge zu behalten, daß in der **b. p.** zur Zeit der klassischen Juristen das possessorische Element (wegen der möglichen **b. p. sine re**) noch durchaus vorherrschte, und weil man die **b. p.**, um eines Dritten willen, der ihr den **effectus** entziehen kann, an und für sich nur als interimistischen Erbrechtsbesitz auffaßte, so konnte man nun auch, ganz abgesehen von dem Vorhandensein dieses Dritten, die Erwerbung der **b. p.** für einen Handlungsunfähigen viel leichter zulassen, wenn man darunter nur einen interimistischen Besitz verstand, bis der Willensunfähige etwa zum Zustand der Willensfähigkeit gelangte, und dann die für ihn vorgenommene Agnition genehmigte. Gerade in dieser Hinsicht finden wir nun große Meinungsverschiedenheiten der klassischen Juristen, indem da, wo sie überhaupt **jure singulari** die Agnition zuließen, die Einen darunter bisweilen nur einen interimistischen Besitz verstanden, während die Anderen (vorausgesetzt daß die Erbschaft nicht durch einen Dritten zur **sine re** werde) einen dauernden Erbschaftserwerb hineinlegten, als wie wenn der Handlungsunfähige selbst gleich eine **b. p. cum re** erlangt hätte. Diese beiden Begriffe des dauernden Erbschaftserwerbes (**successio ex jure Praetorio**) und des bloß interimistischen Besitzes sind nun aber, wie wir gesehen haben, unter Justinian völlig auseinander getrennt, und so läßt es sich denn auch leicht erklären, daß Justinian in den verschiedenen Fällen der Antretung für Willensunfähige, jenachdem ihm das Eine oder das Andere passender schien, bald einen definitiven, bald nur einen interimistischen Erwerb annehmen konnte.

Gehen wir nun die einzelnen Fälle genauer durch:

a) Für einen Pupillen konnte in der klassischen Juristenzeit der Tutor freilich weder die **cretio** noch die formlose Willenserklärnng vornehmen [8]), aber man vermogte sich mit

7) fr. 11. de auct. tut.

8) l. 5. C. de jure delib.

der eigentlichen **pro herede gestio** zu helfen, indem man den Pupillen die äußere factische Handlung vornehmen, und den Tutor die **auctoritas** interponiren ließ [9]). Das war definitiver Erbschaftserwerb, aber an und für sich nur zulässig, wenn der Pupill über 7 Jahr alt war. Außerdem gestattete man nun auch dem Tutor allein die **b. p.** zu agnosciren, und zwar auch schon vor dem siebten Jahre. Indessen faßten die meisten Römischen Juristen dies nur als interimistischen Erwerb auf, indem sie sagten, ein Tutor könne die **b. p.** nicht repudiiren, sondern nur annehmen, d. h. also die eigentliche Frage, ob das Kind die Erbschaft annehme oder ausschlage, soll jetzt noch gar nicht entschieden werden, sondern bis dahin ausgesetzt bleiben, bis das Kind selbst seinen Willen erklären kann [10]). Und ganz ebenso behandelte man denn auch die **b. p.**, die der Vater für sein Kind unter 7 Jahren agnosciren durfte, von der es ausdrücklich gesagt wird, daß die Frist nicht läuft, weil ja das berufene Kind selbst von der Sache nichts weiß, und einem Nichtwissenden keine Fristen laufen können [11]).

Anders wie diese Juristen nahm es Gaius wenigstens für den **pupillus infans**, (und so wahrscheinlich denn auch für den Hausſohn unter sieben Jahren). Er gestand dem Tutor das Recht zu, schon selbst über Annahme oder Ausschlagung der **b. p.** entscheiden zu können, also mußte er auch im Fall der Annahme den definitiven Erwerb zugestehen. Jedenfalls mußte also Gaius der **b. p.** die Natur einer **decretalis** abläugnen [12]). Noch weiter aber ging Mäcian, der **ex similitudine juris civilis et honorarii** neben der Agnition der **b. p.** durch den Tutor auch die **pro herede gestio** des **infans, tutore auctore**, — also auch den civilrechtlichen definitiven Erbschaftserwerb zuließ [12a]).

---

9) fr. 9. de tut. et cur. fr. 17. §. 1. de appellat.

10) fr. 8. de b. p. (Paulus) fr. 1. §. 4. de succ. ed. (Ulpian). Wahrscheinlich verlangten diese Juristen, und auch wohl die Römische Praxis, ebenso wie beim furiosus (Mühlenbruch. Comm. 42 S. 448), eine decretalis b. p.

11) fr. 1. de b. p. furioso inf. (Papinian) fr. 7. §. 1. de b. p. (Ulpian).

12) fr. 11. de b. p. fr. 11. de auctor. et cons. tut.

12a) fr. 65. §. 3. ad SC. Trebell.

Diese Controverse ist durch die spätere Gesetzgebung getilgt worden. Man ließ nach dem siebten Jahre das eigene Handeln des Kindes, **tutore auctore** oder **consentiente parente**, sowohl bei der **her. ad.** als der **b. p. agnitio** bestehen [13]); vor dem siebten Jahre aber gestand man dem Vater und dem Vormunde das Recht zu, allein die **her. ad.** oder Agnition vorzunehmen, und zwar mit der Wirkung des definitiven Erbschaftserwerbes (**et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere** [14]). Sehr natürlich aber ist, daß unser Deutsches Gewohnheitsrecht nun noch weiter ging, und dem Tutor das Recht des definitiven Erbschaftserwerbes, das er vor dem siebten Jahre hat ohne den Pupillen zuzuziehen, auch nach dem siebten Jahre anerkannte [15]).

§. 166. — b) Dieselbe Controverse der Römischen Juristen zog sich auch auf den Fall fort, wenn einem **furiosus**, dem ein **curator** gegeben ist, die Erbschaft deferirt wird. Wir finden ihn in mehren Stellen mit dem **infans** in väterlicher Gewalt und unter Vormundschaft als gleichartig zusammengestellt [1]), wie denn auch die Natur der Sache ergiebt, daß, was vom **infans** galt, auch auf den **furiosus** übertragen werden mußte.

Papinian nahm hier, wie beim **infans**, die vom Curator agnoscirte **b. p.** nur als eine interimistische an, so daß sich erst durch den Tod des **furiosus** oder durch sein Gesundwerden

13) §. 1. I. de auctor. tut. l. 18. §. 4. C. de jur. delib.

14) l. 18 pr. §. 2. C. de jure delib. Theodos nimmt also die Ansicht des Mäcian an, und treibt sie sogar noch weiter. Daß wir in der Compilation die sich widersprechenden Ansichten der früheren Zeit so friedlich neben einander finden, ist entweder Nachlässigkeit, oder vielleicht auch absichtliche Aufbewahrung historischer Notizen. Das practische Recht war durch die l. 18. C. cit. genügend klar ausgesprochen.

15) Heise und Kropp Jurist. Abh. II. S. 167.

1) fr. 11. de auctor. et cons. tut. fr. 1. de b. p. furioso inf. fr. 7. §. 11. quib. ex caus. in poss. fr. 1. §. 4. u. 5. de succ. ed. — Daß der Prätor, wenn es die Nothwendigkeit erforderte, dem furiosus auch eine in possessionem missio gegeben habe (Bachofen Pfandrecht. I. S. 364.), ist ganz unerweislich, und scheint mir deßhalb unwahrscheinlich, weil ich mir keine Nothwendigkeit,

entscheidet, wem die Erbschaft definitiv zufallen wird [2]). Darin also liegt, daß der Curator nicht aus eigenem Willen die Erbschaft repudiiren konnte, oder was hier dasselbe bedeutet, daß man eine **decretalis b. p.** annahm [3]). Gaius dagegen ist, wie beim **pupillus**, anderer Ansicht, er meint, der Curator könne nach eigenem Ermessen annehmen und ausschlagen, er läugnet also, daß die **b. p.** eine **decretalis** sei, und muß folglich auch annehmen, durch die Handlung des Curators werde bereits definitiv über das Schicksal der Erbschaft entschieden. Er stützt sich dabei nicht auf einen juristischen Grund, sondern auf das practische Bedürfniß, daß die Erbangelegenheit bald zu Ende gebracht werden müsse (**expediendarum rerum gratia**) [4]). Papinian deutet hierauf ebenfalls hin, er sagt, es sei doch nicht gut, daß die Güter möglicher Weise so lange Zeit ohne Repräsentanten dalägen, aber er folgert daraus mit Recht nicht das von Gaius Angenommene, sondern nur, daß wenn der **curator furiosi** nicht agnoscire, so müsse einstweilen der Nächstfolgende unter Caution zugelassen werden.

Von Ulpian könnte man meinen, daß er halb die Ansicht Papinians halb die des Gaius sich zu eigen gemacht habe, jene

---

die das erforderte, denken kann. Auch ist von Bachofen die Controverse der Römischen Juristen und die Entscheidung derselben durch Justinian nicht scharf genug erfaßt worden.

2) fr. 1. de b. p. furioso inf. fr. 51. pr. de her. petit. — Von Paulus haben wir keine Stelle über diesen Fall, aber gewiß hat auch er dasselbe angenommen, was er vom infans gelten ließ.

3) fr. 1. §. 7. de success. ed. — Proculus ist ebenfalls der Ansicht des Papinian gewesen (fr. 48. §. 1. de legat. II.), denn er sagt, daß die Legatare nur unter Caution der Rückgabe Zahlung erhalten sollen, auf den Fall, daß der furiosus nicht definitiv die Erbschaft erwirbt, also der Folgende die Erbschaft evincirt. Proculus kann hier nicht an einen Näherberechtigten, der die Erbschaft evincire, denken, denn daraus würde folgen, daß jeder sec. tab. b. possessor nur gegen Caution die Legate auszuzahlen brauchte, was doch entschieden nicht der Fall ist.

4) fr. 11. de auct. et cons. tut. — Daß man auch die hereditatis aditio für den furiosus als möglich annahm (also ähnlich wie es Mäcian für den infans behauptete), wird durch ein Pandektenfragment freilich nicht bestätigt, aber Justinian erzählt es uns in der gleich anzuführenden Stelle.

in Beziehung auf den **furiosus**, diese rücksichtlich des **infans** [5]). Es ist dies allerdings möglich, eine andere Stelle Ulpians aus dessen Edictscommentar deutet darauf hin [6]). Hier zeigt nämlich Ulpian, daß er in Beziehung auf den **furiosus** freilich gar keine Bedenken hat, während ihm die Frage für den Pupillen zweifelhaft erscheint (**et magis est**). Während er nun hier allerdings sie ebenso, wie für den **furiosus** entscheidet, so ist es doch vollkommen denkbar, daß er früher oder später in jenem **fr. 2. §. 11.** (aus dem Sabinuscommentar) eine andere Ansicht vorgetragen hat. Eben so möglich aber ist, daß, wie dies heutzutage meist angenommen wird, dies **fr. 2. ad SC. Tertull.** einer Interpolation Justinians unterworfen worden ist. Nur muß man sich dann recht klar machen, wo die Interpolation stecken soll. Im §. 11 kann sie nicht liegen, denn dieser stimmt mit dem **fr. 1. §. 5. de succ. ed.** völlig überein, und dann müßte also Letzteres auch interpolirt sein. Der Grund aber, der hier hinzugefügt ist, (**quia necdum delata est**) deutet wahrlich nicht auf Compilatoren-Arbeit, sondern auf den klassischen Juristen. Die Interpolation muß also jedenfalls im §. 13 gesucht werden, denn er widerstreitet dem, was Ulpian selbst im **fr. 1 §. 4 de success. ed.** sagt. —

Während nun die Gesetzgebung der späteren Kaiser bei dem **infans** sich für den definitiven Erbschaftserwerb erklärte, so nimmt Justinian für den **furiosus** umgekehrt nur die interimistische Wirkung der Agnition an, und tilgt auf diese Weise die frühere Controverse. Er sagt in **l. 6 §. 3 C. de curat.**

---

5) **fr. 2. §. 11. ad SC. Tertull.** — Igitur et si **furioso** decreto petita sit possessio, et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit. §. 13. Sed si **infanti** per tutorem petita sit possessio, licet statim decesserit, dicendum erit, matri obstitisse; **non enim similis est ei, quae furioso datur.**

6) **fr. 1. §. 4. de success. ed.** — Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem, videamus. **Et magis est**, ne possit; sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest. §. 5. Furiosi curator **nequaquam** poterit repudiare, quia necdum delata est. Der furiosus wird von Ulpian auch mit anderen provisorischen Besitzeinweisungen zusammengestellt. **fr. 12. pr. de b. poss.** „**item is, qui captivi b. possessionem petit.**“

fur. ausdrücklich, es hätten sich **zwei** Ansichten der Juristen gegenübergestanden (**auctores ex utroque latere; utramque auctorum aciem**), und er bezeichnet diese beiden sehr deutlich so, wie ich sie eben aus den Pandektenfragmenten entwickelt habe. Die Einen hätten gemeint, es könne dem **furiosus**, als wie wenn er selbst gehandelt hätte, definitiv das Erbrecht erworben werden (**sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit**), die Anderen hätten dies geläugnet, und den Curator nur zu einer interimistischen Agnition zugelassen (**sive non, et si curator ejus ad b. p. petendam admitti debeat.**). Die erstere Ansicht wird nun ausdrücklich verworfen und die letztere anerkannt. Diese von Justinian gebilligte Agnition des Curators sei früher eine **decretalis** gewesen, dies soll jetzt nicht mehr nöthig sein, sondern die allgemeine freiere Agnitionsform genügen. Aber Justinian hebt es noch besonders hervor, daß, abgesehen von der Form, die Agnition des Curators auch fernerhin noch immer das Wesen jener früheren **decretalis** behalten soll (**ad similitudinem bonorum possessionis habere**), und daß also, was ein Hauptpunkt der Papinianschen Ansicht war, dem Curator nicht frei stehen soll, die **b. p.** zu repudiiren (**curatori autem ejus licentiam damus, imo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur.**). Ebendeßhalb wurde denn auch, weil Justinian nichts will, als die Ansicht von Papinian und seinen Anhängern zum zweifellosen Rechte erheben, in dem eigens für diese Frage angelegten Pandektentitel das **fr. 1. de b. p. furioso** aufgenommen, und durch das **fr. 2. §. 11.** und **13. ad Sc. Tertull.** der directe practische Gegensatz, der jetzt zwischen dem **infans** und **furiosus** bestehen sollte, sehr deutlich hervorgehoben. Die entgegenstehenden Pandektenstellen sind entweder absichtlich beibehaltene historische Notizen, oder Spuren der Nachlässigkeit der Compilatoren.

Justinian führt dann im Verlaufe der **l. 8. C. cit.** noch genauer aus, in welchem Rechtsverhältniß das dem **furiosus** Zugefallene stehen soll, und wenn nach dem Bisherigen noch Zweifel zulässig wären, so verschwindet dadurch alle Möglich-

keit, in der b. p. des Curators einen anderen als rein interimiſtiſchen Erwerb, zu finden. Im §. 7. heißt es:

— si quid postea ad furiosum pervenerit sive ex hereditate vel successione vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo, hoc furioso accedat, et hoc cum alia ejus substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his rebus scilicet faciendo; et sub ejus cura custodiatur, quatenus si quidem resipuerit furiosus et adquisitionem admiserit, ipsi restituatur.

Es ſoll noch immer auf den eigenen Willen des furiosus ankommen, und zwar ſcheidet nun Juſtinian genau die Legate von der directen Univerſalſucceſſion [7]). Erſtere ſollen allerdings, nach der Regel der Legate, dem furiosus ipso jure zufallen, und nur, wenn er zu Verſtande kommt und ſie ausdrücklich ausſchlägt (aperte haec respuerit), als ihm nicht erworben angeſehen werden (§. 9). Die directe Univerſalſucceſſion dagegen (si quidem successio est) ſoll nach dem §. 8. nicht bloß dann an andere Perſonen fallen, wenn der geneſene furiosus ſie ausdrücklich ausſchlägt, ſondern auch wenn er als furiosus ſtirbt. Offenbar verlangt hier alſo Juſtinian zum eigentlichen definitiven Erwerbe (adquisitionem admittere) eine poſitive Anerkennungshandlung des geweſenen furiosus, bis wohin die bona vom Curator nur cuſtodirt würden. Gerade ſo ſagt auch Papinian im fr. 1. de b. p. furioso, die bona ſeien zu reſtituiren: si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret, ſo wie Ulpian fordert (fr. 2. §. 11. ad Sc. Tertull.), der furiosus müſſe nach ſeiner Geneſung noch einmal ſelbſt die Agnition, trotz der vorhergehenden decretalis b. p., vornehmen. Und es kann doch kein Zweifel ſein, daß in dieſen beiden Stellen von Papinian und Ulpian das practiſche von Juſtinian gebilligte Recht enthalten iſt.

7) Von den Erbſchaftsfideicommiſſen handelt denn noch eine beſondere Conſtitution, l. 7. pr. C. ad SC. Trebell. vgl. auch fr. 35 ad SC. Trebell. ſ. darüber Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 455 ff.

Ebenso wie nun im **fr. 1. de b. p. furioso** anerkannt wird, daß im Fall der **furiosus** die Erbschaft nicht erhalte, **proximus quisque** gerufen werde, also nach dem **institutus** der **substitutus**, und falls dieser schon vor dem **furiosus** stirbt, die **ceteri**, wie sie nach allgemeinen Regeln die Nächsten sind [8]), so wird dies auch noch einmal besonders von Justinian hervorgehoben, nur daß er die Cautionen, welche die alten Juristen hier verlangt hatten, aufhebt. Justinian sagt, es sollen diejenigen kommen, welche **mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, ad cujus bona vocabantur**, und hier ist doch durchaus der nächstliegende Gedanke, daß damit die gemeint sind, welche nach den gewöhnlichen Regeln des Erbrechts aufeinander folgen. Justinian zählt auch noch besonders die Substituten, Intestaterben und den Fiskus als die Hauptklassen der hinter dem **furiosus** Stehenden auf. Aber gerade diese Aufzählug hat neuerdings von Vangerow Gelegenheit gegeben, eine ganz neue Theorie über unsere Frage aufzustellen [9]). Seine Argumentation ist, wie mir scheint, nicht glücklich. Justinian vergißt nämlich darunter auch noch die **coheredes** anzumerken, und daß er es eben nur vergißt, indem er nicht weiter an den Fall denkt, wenn der **furiosus** mit Andern zusammengerufen ist, dünkt mir eine Annahme, wie wir sie bei der Erklärung Justinianeischer Gesetze hundertmal ohne Bedenken zulassen, und zulassen müssen.

v. Vangerow aber schließt, die **coheredes** seien absichtlich

8) Gewiß hatten schon die klassischen Juristen, die einen nur interimistischen Erwerb annahmen, die Ansicht, daß der beim Tode des **furiosus** Nächste hinter ihm gerufen werde. Der **furiosus** hat gleichsam nur ein besonders langes **spatium deliberandi**, wenn dies, ohne daß ein Erwerb erfolgt, verläuft, so tritt eine neue Delation ein, die also natürlich an den erfolgt, der jetzt der Nächste ist.

9) Archiv für civ. Praxis **XXX.** Nr. 1. — Mit Rücksicht auf den großen Stoff dieses Werks konnte ich mich nicht weitläuftiger, als hier geschehen ist, auf die Widerlegung der Vangerowschen Ansicht einlassen, aber das im Text Gesagte scheint mir auch völlig zu genügen. Ich lasse diesen §. 166 unverändert so abdrucken, wie er im Sommer 1847 geschrieben worden ist. Seitdem sind noch zwei besondere Abhandlungen zur Widerlegung Vangerows erschienen von Fritz und v. Löhr Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. Neue Folge **IV.** Heft 2.

weggelassen, wir hätten hier einer reinen Buchstabeninterpretation zu folgen. Justinian wolle dem **furiosus** die Erbschaft definitiv erworben sein lassen, welcher Erwerb dann nur hinterdrein resolvirt werden könne. Ebendeßhalb, weil sie ihm durch den Curator definitiv erworben werde, könne sie nicht mehr an die **coheredes** fallen. — Wie Justinian zu dieser wunderbaren Rechtsgestaltung komme, wird nicht weiter erklärt, als mit dem **non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest**! Denn darin, daß man ausnahmsweise durch **in int. rest.** und Aehnliches von dem erworbenen Erbrechte zurücktreten kann, liegt wahrlich noch keine Rechtfertigung, weßhalb hier Justinian von dem allgemeinen Satze: **semel heres semper heres** hätte abweichen müssen. Aber noch gegen ein anderes Princip des Erbrechts würde er sich aufgelehnt haben, indem nach Vangerows Ansicht sehr leicht theilweise testamentarische theilweise Intestatsuccession eintreten könnte. Und alle diese Inconsequenzen sollen wir auf uns laden, weil Justinian die **coheredes** nicht besonders mit aufgezählt hat!

Wenn man dagegen sich vergegenwärtigt, wie eng sich Justinians Constitution augenscheinlich an die frühere Controverse der Juristen anschließt, und wie einfach sie sich daraus erklärt, wenn man ferner bedenkt, daß die **decretales b. p.** freilich „scharf von den **missiones in bona** geschieden werden", aber wahrlich auch nicht mit dem Begriff einer interimistischen Besitzergreifung in Widerspruch stehen, — so scheint mir kein Zweifel übrig zu bleiben, daß wir mit vollem Recht an der alten von Theorie und Praxis [10]) stets anerkannten Ansicht festzuhalten haben, wonach die **b. p.** des Curators für den **furiosus** nur ein interimistisches Recht an der Erbschaft gewährt.

§. 167. — c) In dem Pandektentitel, der die **b. p.** des **furiosus** enthält, ist auch noch, wie schon die Ueberschrift besagt, vom **mutus, surdus,** und **caecus** die Rede. Das kurze **fr. 2.** von Ulpian enthält darüber nur den Satz, daß sie die **b. p.** agnosciren können, **si, quod agatur, intelligant.** Un-

10) Heise u. Cropp. Jur. Abh. II. S. 173. Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 460.

bedenklich dürfen wir hierunter in der Juſtinianeiſchen Zeit den definitiven Erbſchaftserwerb verſtehen, denn man ließ ja auch ſchon unter den klaſſiſchen Juriſten für dieſe des Willens und der Willensäußerung fähigen Perſonen die **her. aditio** zu [1]). Wie aber, wenn ſie in einem Zuſtande ſich befinden, daß ſie **nihil intelligere possunt?**

Wir haben freilich keine weitere directe Kunde hievon, aber es ſcheint doch wenig bedenklich, anzunehmen, daß der Streit, den die Römiſchen Juriſten über den **infans** in väterlicher Gewalt und unter Vormundſchaft, ſowie über den **furiosus** führten, auch auf dieſen Fall ſich beziehen mußte. Es iſt hier ebenſo wie in jenen drei Fällen eine willensunfähige Perſon vorhanden, und wenn ſie einen **curator** hat, ſo iſt gar kein Grund vorhanden, deſſen Stellung anders als die der Vertreter von jenen drei Perſonen aufzufaſſen. Es erhebt ſich nun aber die Schwierigkeit, wie wir im Juſtinianeiſchen Recht unſeren Fall behandeln ſollen, wo für den **infans** und für den **furiosus** gerade die entgegengeſetzten Principien, für jenen der definitive, für dieſen der interimiſtiſche Erbſchaftserwerb angenommen worden iſt.

Die Compilation enthält nur eine hierauf bezügliche Stelle, jenes ſchon öfters erwähnte Fragment von Mäcian, worin für den **infans** die in der Compilation gebilligte Anſicht vortragen wird. Mäcian ſtellt den **mutus** mit ihm auf gleiche Stufe, und ſo ſcheint kein Zweifel, daß wir dies für Juſtinians Anſicht zu erklären hätten [2]).

Nichtsdeſtoweniger ſcheint mir die entgegengeſetzte Anſicht die richtigere. Mäcian ſpricht direct nur von der Reſtitution des Erbſchaftsfideicommiſſes, und gerade der Fall des **furiosus** belehrt uns, daß wir daraus keineswegs auf den Erwerb der directen Univerſalſucceſſion ſchließen dürfen (ſ. den vor. §. Note 7).

1) fr. 65. §. 3. ad SC. Trebell. — Quod aliquatenus circa mutos expediri potest, (nam) si auditus capaces sunt, vel interrogati nutu possint significare, velle se periculo suo hereditatem adire.

2) fr. 65. §. 3. ad SC. Treb. — ideoque et heres compelli per tutorem potest adire, et restituere hereditatem; quo exemplo et mutus, qui nihil intelligere potest, per curatorem adjuvatur.

Wenn wir nun auch aus der Stelle schließen können, daß Mäcian, und gewiß ebenfalls Gaius, weiter gingen, so kommt doch das für die Justinianeische Compilation nicht in Betracht. Bedenken wir aber, daß wir in dieser ganzen Lehre auf dem Gebiet der Privilegien, besonderer **beneficia**, stehen, so werden wir zu folgendem Schluß getrieben. Das Recht des **furiosus** ist ein geringeres **beneficium** als das der **infantes**. Daß nun dem **mutus, qui nihil intelligit**, jedenfalls nicht weniger Recht, wie dem **furiosus** von Justinian zugestanden werden sollte, können wir, da Beide in demselben Pandektentitel zusammengestellt sind, unmöglich bezweifeln. Daß er aber mehr Recht hätte als der **furiosus**, und dem **infans** gleichstände, dazu würde es der ausdrücklichen Anerkennung dieses höheren Privilegiums bedürfen, und da wir diese nirgends finden, so ist es richtiger, ihm, ganz nach Analogie des **furiosus**, nur einen interimistischen Erbschaftserwerb durch den Curator zuzugestehen. Es kommt also darauf an, ob der Taubstumme (denn nur bei diesem wird wohl ein Zustand des **nihil intelligere** vorkommen) in diesem Zustande verstirbt, oder durch Unterricht dazu gelangt, seinen eigenen Willen durch Zeichen oder Worte aussprechen zu können.

d) Daß auch die Verschollenen ebenso wie der **furiosus** zu behandeln seien, bedarf hier keiner weiteren Entwicklung, da ich auf die Darstellung eines trefflichen Gewährsmannes verweisen kann [3]).

e) Ebenso genügen auch für den **pubes**, der noch minderjährig ist, wenige Worte [4]). Nach Römischem Rechte steht seinem Curator das Recht der **hereditatis aditio** entschieden nicht zu [5]), es war auch gar nicht nöthig, da der Minderjährige gar kein Handlungsunfähiger ist, und sie selbst vornehmen kann. Aus diesem Grunde scheint es auch ganz unwahrscheinlich, daß man dem Curator das Recht der interimistischen **b. p.** zugestanden habe. Heutzutage aber ist es anders. Das Deutsche Recht hat die Befugnisse des **tutor impuberis** und

3) Cropp a. a. O. S. 171. ff. s. oben §. 166. Note 6.
4) s. Cropp a. a. O. S. 167.
5) fr. 90 pr. de acq. vel. om. her.

des **curator minoris** ausgeglichen, und dem Letzteren ebenso wie Jenem das Recht des definitiven Erbschaftserwerbes für den Mündel zugestanden.

f) Zuletzt ist noch ein ganz exorbitantes Privilegium zu erwähnen. Juristische Personen, die überhaupt erbfähig sind, sollen nach einer Pandektenstelle, die freilich wohl erst von Justinian so gestaltet worden ist, durch ihren **actor** oder sonstigen Vertreter die **b. p.** erwerben. Da in der Justinianeischen Compilation regelmäßig **bonorum possessio** die definitive **successio ex jure praetorio** bedeutet, so stehen also hiernach die juristischen Personen, als völlig willensunfähige, den **infantes** gleich. Aber ihr Recht soll noch weiter gehen, auch wenn der **actor** die Antretung versäumt, so soll sie doch **ipso jure** als geschehen angenommen werden [6]). Es ist dies also ein ähnliches Recht, wie das des **suus**, dem die Erbschaft **ipso jure** zufällt.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist demnach Folgendes. Es bestehen in Beziehung auf den Erbschaftserwerb für Willensunfähige im heutigen Rechte zwei verschiedene Stufen der Erwerbung, die aber beide als besondere Privilegien erscheinen. Die eine, der definitive Erwerb (wobei also dem Vertreter, wo nicht besondere Ausnahmen sind, auch das Recht der Ausschlagung zusteht), gilt für **infantes** in väterlicher Gewalt, für die **impuberes** und **minores** unter Vormundschaft, und für juristische Personen. Die andere, welche bloß einstweilige **custodia** gewährt, besteht für **furiosi**, Taubstumme die keinen Willen äußern können, und für Verschollene.

---

6) fr. 3. §. 4. de b. p. — A municipibus et societatibus, et decuriis, et corporibus bonorum possessio agnosci potest; proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quis alius, recte competet b. p. Sed etsi nemo petat vel agnoverit b. p. nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem Praetoris edicto. s. noch fr. un. de libertis universit. — Zur Zeit der klassischen Juristen hat hier wohl allgemein eine decretalis b. p. statt gefunden (arg. fr. 12. ut in poss. legator. s. §. 113. Note 3.), welche dann Justinian ebenso wie bei der b. p. furiosi nomine gestrichen hat. Der Satz von sed etsi an rührt wohl ganz von Justinian her.

§. 168. — 2) Wir gehen jetzt zu dem zweiten Fall über, dem Erbschaftserwerbe für willensfähige Personen (**per procuratorem**). Wir nehmen also an, daß der Berufene selbst an und für sich im Stande wäre, die Antretung vorzunehmen, daß aber die Lage der Verhältnisse es ihm wünschenswerth macht, die Handlung durch einen Anderen ausführen zu lassen. Die Grundlage des Verhältnisses ist also das Mandat des Berufenen, oder im Fall der unaufgeforderten Vertretung, dessen Ratihabition.

Ich will nun zuerst, bevor ich auf die eigenthümliche Gestalt des Justinianeischen Rechts eingehe, untersuchen, welche Antwort auf unsere Frage aus den oben schon hervorgehobenen Grundprincipien des Erbrechts folgt, ohne Rücksicht auf die rein civilrechtliche Gestalt der **cretio**. Daß die Römischen Juristen sich der in dieser Hinsicht zu gebenden Antwort klar bewußt gewesen sind, ist leicht zu erweisen.

Einestheils sehen wir dies nämlich, wie ich bereits bemerkte, aus der Art, wie sie die Agnition der **b. p.** behandeln. Man brauchte dieser keine anderen Schranken zu ziehen, als sie das Wesen des Erbrechts mit sich brachte. Anderntheils aber sehen wir es auch aus der Gestaltung eines anderen Falles, der an und für sich freilich nicht eigentlich hieher gehört. Wenn nämlich einem Hausſohn oder einem Sklaven eine Erbschaft deferirt wurde, so konnte allerdings der Hausherr für den **infans** eine **b. p.** erbitten, und auch überhaupt eine **pro herede gestio** vornehmen (s. §. 135. Note 14). Hievon wollen wir einstweilen absehen, und umgekehrt annehmen, daß der Berufene selbst die Antretungshandlung vollführen wollte. Hiezu bedurfte es, wie oben (§. 135.) entwickelt worden ist, der **cretio**, aber außerdem noch des vorgängigen Auftrages (**jussus**) des Hausherrn. In diesem Falle ist also von einer Stellvertretung nicht die Rede, nichts destoweniger aber von einem Auftrage zur Erbantretung. Da der Sohn die **cretio** aus eigener Person vornimmt, so kann sehr erklärlicher Weise die streng civilrechtliche Natur der **cretio** auf die Regeln, unter denen jener von einer nicht berufenen Person ausgehende Auftrag steht, gar nicht einwirken, vielmehr mußten Letztere das klare Abbild der allgemeinen Principien des Erbrechts sein.

So kommt es, daß wir unsere Frage: wie man Jemandem den Auftrag zur Erbantretung geben könne, durch das bestätigt finden, was die Römer in Beziehung auf die Agnition der **b. p.** und den **jussus** des Vaters annahmen. Wir werden sehen, daß es nichts Anderes ist, als was die einfache Combination der Grundsätze vom Mandat mit den (im §. 165. zu Note 3 u. 4) schon angegebenen Regeln des Erbrechts von selbst mit sich bringt.

Man hat öfters behauptet, wenn das positive Recht eine ganz freie formlose Willensäußerung für genügende Erbantretung erkläre [1]), wie es im Römischen Rechte der Fall ist, so sei ja jeder Auftrag an einen **procurator**, worin der Wille der Antretung sich äußere, schon eine **hereditatis aditio**; eine Stellvertretung und ein Auftrag für die eigentliche Erbantretung lasse sich hier also gar nicht denken, vielmehr könne dies nur vorkommen, wo, wie bei der **b. p. agnitio** oder bei der **cretio**, eine bestimmte formelle Handlung erfordert werde.

Indessen ist diese Argumentation nicht richtig, obgleich sie ein wahres Element enthält. Allerdings nämlich ist die ganz formlose **her. aditio** an gar keine Erklärung bestimmten Personen gegenüber gebunden. Ich kann also jedem Beliebigen sagen, ich nähme die Erbschaft an, und beauftrage ihn, Erbschaftssachen in Besitz zu nehmen, zu verkaufen, u. s. w. Dieser ist dann nicht mein Stellvertreter für die Antretung, sondern ich selbst habe sie angenommen, und beauftrage ihn nun, *nachdem* ich Erbe geworden bin, einzelne Handlungen der Erbschaftsregulirung vorzunehmen. Man muß also im einzelnen practischen Fall stets prüfen, ob etwa die vorliegende Handlung in dieser Weise eine Antretung und ein darauf gefolgtes Mandat zur Vornahme beliebiger Dispositionen über die *erworbene* Erbschaft in sich vereinigt. Aber so sehr dies richtig ist, so ist doch ebensowenig zu läugnen, daß daneben auch eine Reihe anderer Fälle denkbar sind, die das practische Leben nothwendig hervorruft, und die als wahrer Auftrag und wahre Stellvertretung zur Antretung erscheinen. Wir wollen dies in folgende Punkte theilen:

1) Averanius Int. jur. I. 12. Nro. IV.

a) Es kann dem Berufenen ein besonderes Interesse sein, daß die Willenserklärung des Erbschaftserwerbes bestimmten Personen gegenüber, mit denen er etwa im Streit über die Erbschaft ist, oder die (wie Legatare, Creditoren) ihr Recht von ihm ableiten sollen, vorgenommen werde. Wenn nun das positive Recht eine ganz formlose Willenserklärung zuläßt, so muß doch der Berufene, falls er etwa abwesend ist, sie nothwendig auch durch einen **procurator** abgeben können. Sein Auftrag an diesen ist dann nicht schon die Antretung, sondern „lediglich die Erklärung, daß der **mandans** durch die Erklärung des **procurator** Erbe werden wolle“ [2]). Das Rechtsverhältniß ist daher so aufzufassen, daß, weil in dem Auftrage an den **procurator** die Antretung noch nicht liegt, man ihn nach den Regeln des Mandats vor der Ausführung noch immer revociren kann, während wenn wir darin schon die **her. aditio** finden müßten, von einer Zurücknahme derselben nicht mehr die Rede sein könnte. Uebrigens muß hier noch wohl hervorgehoben werden, daß in diesem Fall der Beauftragte Nichts weiter nach eigenem Ermessen zu thun hat, er soll nur die Willenserklärung des Berufenen überbringen und aussprechen. Sobald dies geschehen ist, und der **mandans** nicht vorher widerrufen hatte, ist die Antretung vollbracht. Wir können diesen Fall nach einer in anderen Lehren bekannten Terminologie der Römer die **her. aditio per nuntium** nennen.

b) Gestatten wir aber diesen Fall, so müssen wir nothwendig noch weiter gehen. Man kann, wenn das positive Recht nur eine formlose Willenserklärung zur Antretung fordert, diesen Willen sowohl durch eigene ausdrückliche Erklärung, als durch concludente Handlungen äußern. Dies Letztere ist die **pro herede gestio** im engeren Sinn. Wenn man nun aber bei jener ausdrücklichen Erklärung einen Stellvertreter zuläßt, so muß auch dies bei der **pro herede gestio** möglich sein. Der Berufene kann abwesend sein, er kann wissen, daß ihm andere Erbprätendenten gegenüber stehen. Er hat vielleicht keine Lust, falls diese schon die Erbschaft in Besitz genommen hätten, sich,

2) Dies ist sehr richtig hervorgehoben in Frobens Commentar zu Thibauts Pand. II. S. 295.

obgleich er in der That der beſſer Berechtigte iſt, in die Weitläuftigkeiten eines Erbſchaftsproceſſes einzulaſſen. In dieſem Fall will er alſo gar nicht antreten, um ihn aber zu verhindern, ſchickt er raſch einen Procurator, der jenen Prätendenten in der Beſitzergreifung zuvorkommen, und darauf Handlungen vornehmen ſoll, die ſeinen Willen der Erbantretung an den Tag legen. Nur unter dieſer Vorausſetzung, daß er ohne Proceß in den Beſitz gelangt, und auf dieſe Weiſe den Gegnern in vortheilhafterer Lage gegenüberſteht, hat er den Willen Erbe zu werden. Es iſt nun ein ſolcher Auftrag an den **procurator** keineswegs ſchon die Antretung ſelbſt, die man eine bedingte zu nennen hätte, auch nicht einmal der Auftrag iſt ein bedingter; man befiehlt ihm bloß, in erlaubter Weiſe den Beſitz der Erbſchaft zu ergreifen, und die **pro herede gestio** vorzunehmen. Es iſt nur eine in der Sache ſelbſt liegende Bedingung, die gar nicht ausgeſprochen zu werden braucht, daß der **procurator** lediglich, wenn Andere noch nicht den Beſitz ergriffen haben, ihn an ſich nehmen ſolle; denn weiter zu gehen wäre ja verbotene Selbſthülfe, und wenn nicht die **cretio** aus einem anderen Grunde, nämlich wegen der ſolennen Wortformel für Stellvertreter unmöglich erſchiene, ſo wäre ja ſogar bei ihr eine ſolche in der Sache ſelbſt liegende Bedingung erlaubt. Es kann alſo keinem Bedenken unterliegen, daß ihr bei der ganz formloſen **pro herede gestio** gar nichts entgegenſteht.

Ebenſo wie in dem vorigen Punkte haben wir daher erſt in der Handlung des **procurator** die Erbſchaftsantretung zu finden, und es gilt hier wie dort der Satz, daß bis zu dieſer Handlung das Mandat noch widerrufen werden kann.

c) Aber auch hiebei können wir nicht ſtehen bleiben. Wir haben bisher ſtillſchweigend angenommen, daß der Berufene über Alles, was er wiſſen muß, um ſelbſt die Antretung vornehmen zu können (§. 165. zu Note 3 u. 4.), ſchon zur Zeit, als er den Auftrag gab, in Klarheit war. Wie nun aber, wenn das noch nicht der Fall war, und er in Folge deſſen einen wahrhaft bedingten Auftrag zur Erbantretung gab? Bei der **cretio** wäre dieſe Frage freilich von vorn herein unmöglich, denn hier ſind nur die in der Sache ſelbſt liegenden Bedingungen zuläſſig, und dieſe dürfen auch nicht einmal formell

ausgesprochen werden, wie viel weniger also kann von wahren Bedingungen die Rede sein. Aber von den civilrechtlichen Eigenthümlichkeiten der **cretio** sehen wir hier ab, und fragen nur, wie es das Wesen der Sache für die formlose Antretung mit sich bringt. Hier mögte man mir nun einwenden, daß ich selbst oben zugestanden habe, man müsse über jene schon angeführten Punkte vollkommen sicher sein, um nicht etwa wegen positiver civilrechtlicher Strenge, sondern schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts die Antretung vornehmen zu können; also müsse auch dieselbe Sicherheit schon bei dem Auftrage zur Antretung vorliegen. Aber dieser Einwand trifft nicht, wie sich leicht erweisen läßt.

Im Bisherigen haben wir gesehen, daß der Auftrag zur Antretung von der Antretung selbst genau geschieden werden kann und muß. Jener ist rein nach den Regeln des Mandats zu beurtheilen, diese dagegen liegt erst in der Handlung des Procurators. Nun aber ist bekanntlich ein bedingtes Mandat in aller Weise zulässig. Es folgt also auch, daß man das Mandat zur Antretung ganz frei an Bedingungen knüpfen kann, sobald nur zur Zeit, wo der **procurator** die die Antretung enthaltende Handlung vornimmt, diese Bedingungen erledigt sind, und man beim Mandanten zu dieser Zeit den entschiedenen Willen voraussetzen kann, daß er nach Erledigung dieser Bedingungen die Erbschaft antreten will.

Daß die Römer diesen Satz entschieden anerkannt haben, sehen wir aus Folgendem. Sie sagen, man könne keine Erbschaft mit der Bedingung **si solvendo sit hereditas** antreten, wohl aber dürfe der Vater seinem Sohn mandiren, wenn er gefunden haben werde, daß die Erbschaft solvent sei (und es also **expedit adire**), sie anzutreten [3]). Ferner man müsse den Delationsgrund der Erbschaft kennen, wenn indeß der Vater ihn nicht wisse, aber dem Sohn unter der Bedingung: **si qua ex testamento Lucii Titii deferatur hereditas** die Antretung aufträgt, so sei es ein gültiger **jussus** [4]). Hiernach werden wir auch unbedenklich sagen können, daß der Va-

3) fr. 51. §. 2. vgl. mit fr. 25. §. 8. u. 9. de acq. vel omitt. her.
4) fr. 22. vgl. mit fr. 25. §. 13. eod.

ter wenn er z. B. dem Sohn auftrug, zuerst zu untersuchen, ob das **testamentum** kein **falsum** sei, oder ob keine Näherberechtigten vorhanden wären [5]), und wenn er darüber Sicherheit erlangt habe, die Erbschaft anzutreten —, daß der Vater ein gültiges Mandat ertheilt habe. An und für sich muß deßhalb auch angenommen werden, daß trotz des Satzes, erst nach dem Tode des Erblassers könne die Antretung erfolgen [6]), der Vater auch schon vorher dem Sohn mandiren dürfe, sobald die bestimmte Person gestorben sein werde, die Erbschaft anzutreten. Und in der That nehmen dies auch die Römer an, aber freilich mit einer sehr erklärlichen Einschränkung. Es ist **turpe**, schon auf die Erbschaften lebender Personen bestimmte Anordnungen zu treffen, wenn also auch das Mandat juristisch gültig ist, so ist es doch wegen jener Immoralität nicht aufrecht zu halten. Der Fall muß also der Art gestaltet sein, daß er die **turpitudo** ausschließt, um die juristische Gültigkeit des Mandats hervortreten zu lassen. Also der Vater muß z. B. durch ein Gerücht zu dem Glauben veranlaßt sein, daß *jene bestimmte* Person gestorben wäre [7]).

Aus allen diesen Einzelheiten geht hervor, daß der Vater genau bei seinem Mandat schon im Voraus alle die Punkte berücksichtigen muß, über welche der Sohn sich vor der Antretung Auskunft verschaffen soll, und über welche der Vater klar sein müßte, wenn er selbst sie vornehmen wollte. Es kann daher nie genügen, wenn bloß ein generelles Mandat ertheilt worden ist [8]). Nur durch diese Beschränkung wird es möglich, daß wir sagen können, der Wille des Vaters sei zu der Zeit, wo der Sohn die Antretung vornimmt, und unter den Verhältnissen, wie sie der Sohn constatirt hat, wirklich noch vor-

5) fr. 17. pr. fr. 30. §. 3. u. 4. de acq. vel om. her.

6) fr. 32. pr. eod.

7) fr. 25. §. 6. eod. — An nominatim de vivi hereditate mandari possit, quaeritur. Sed ego non puto recipiendum, ut de vivi hereditate mandetur; plane si rumor fuit, Lucium Titium decessisse, poterit ei mandare.

8) fr. 25. §. 5. eod. — Sed utrum generaliter: quaecunque tibi hereditas fuerit delata an specialiter? Et magis placet, ut Caius Cassius scribit, specialiter debere mandare.

handen. Ferner aber ist es offenbar, wie bei allen Mandaten, nöthig, daß der Vater dauernd bei seinem Auftrage beharrte oder beharren konnte, also daß er nicht vor der Antretungshandlung des Sohnes den Auftrag revocirt hat [9]), oder in einen Zustand kam, in dem er keinen Auftrag mehr hätte ertheilen können [10]).

Was ist es nun, das uns aus dieser Entwicklung der Römer entgegenleuchtet? Offenbar die einfache Combination der aus dem Wesen des Erbrechts hervorgehenden Grundsätze mit den Regeln des Mandats. Der Sohn, indem er die Erbschaft antritt, thut ein Doppeltes. Er nimmt sie in eigenem Namen an, und deßhalb kann er die **cretio** vollführen, zugleich aber auch im Namen des Vaters, in dessen Vermögen die Erbschaft fiel. Beides läßt sich, obgleich in eine Handlung zusammenfallend, genau von einander scheiden, und deßhalb muß auch bei der formlosen **her. aditio**, die, eben weil sie formlos ist, durch einen freien Stellvertreter angenommen werden kann, das Rechtsverhältniß des Auftrages zur Antretung ganz denselben Regeln unterworfen sein, wie sie für den mandirenden Vater aus der Natur der Sache hervorgehen. So kommt es denn auch, daß wir in einzelnen Punkten für die Agnition der **b. p.** ganz dieselben Sätze anerkannt finden, wie die eben erwähnten. Daß die Agnition nicht gilt, wenn der Mandant vorher **poenitentiam egit**, versteht sich von selbst. Und ebenso ist es auch, wenn Jemand unaufgefordert die **b. p.** erbat, und der Vertretene sie nicht ratihabirt. Sie gilt erst seit dem Augenblicke der Ratihabition [11]). Wenn daher der

9) fr. 25. §. 14. eod. — Sed si posteaquam jussit, poenitentiam egit, priusquam adiret, nihil agit adeundo.

10) fr. 25. §. 15. eod. — Item si se arrogandum dederit, priusquam filius adiret, non est acquisita hereditas. Ebenso wenn der Herr nach dem jussus aber vor der cretio wahnsinnig geworden ist. fr. 47. eod.

11) fr. 3. §. 7. de b. p. — Acquirere quis b. p. potest vel per semet ipsum, vel per alium. Quodsi me non mandante b. p. mihi petita sit tunc competet, quum ratum habuero id quod actum est. fr. 65. pr. de SC. Trebell. fr. 24. pr. ratam rem hab. Beim Vater galt freilich keine ratihabitio, sondern der jussus mußte vorausgehen. fr. 6. pr. §. 1. de acq. vel om. her.

Vertretene vor derselben stirbt, so hat sie keine Bedeutung [12]), ebensogut, wie nach Note 10 das Mandat des Vaters aufhört, wenn er sich vor der Antretung hat arrogiren lassen. Es scheint mir daher auch unbedenklich angenommen werden zu können, wenn gleich keine besonderen Stellen davon in der Compilation reden, daß alle jene weiteren Regeln über das Mandat des Vaters an seinen Sohn (Note 3—8) auch bei dem Mandat zur Agnition der b. p. Anwendung gefunden haben [13]).

§. 169. Die Resultate des vorigen §. über das Recht der Stellvertretung beim Erbschaftsantritt sind nicht etwa bloß wünschenswerthe Regeln, die ihre Verwirklichung noch von einer besonderen Gesetzgebung erwarteten, sondern sie sind das Ergebniß, welches sich schon durch die Wissenschaft aus den ganz feststehenden Grundsätzen über Erbewerben und Mandat entwickeln läßt, sobald wir nur die Erbantretung als eine form=

12) fr. 3. §. 7. eod. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet *mihi bonorum* possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat jus bonorum possessionis. — Aus dem fr. 16. de b. p. scheint Thibaut (Pand. §. 869 Note m.) abzuleiten, daß (obgleich er es auffallend findet) im Fall des vor der Ratihabition eintretenden Wahnsinns die Agnition der b. p. gültig sei. Dies ist aber unzulässig wegen fr. 48. de acq. vel om. her. Beide Stellen sind von Paulus. In letzterer sagt er, wenn der Vertretene erst nach der Agnition furere coepit, so gilt sie, denn da er vorher mandirt hatte, und bis zur Agnition kein Widerruf erfolgt war, so ist die b. p. erworben, und es ist einerlei, ob hinterdrein gleich der Wahnsinn eintritt, denn es bedarf keiner weiteren Ratihabition. An diesen Fall muß denn auch Paulus im fr. 16. gedacht haben. — Wenn dagegen der Wahnsinn vor der Agnition eintritt, so kann die b. p. nicht gleich erworben sein, ebensowenig wie wenn sich der Vertretene vorher arrogiren läßt (Note 10). Vielmehr muß nun noch der Vater des Arrogirten, oder wenn der mandans wahnsinnig wird, er selbst in einem lichten Augenblick besonders rathihabiren. fr. 5. pr. §. 1. quis ordo.

13) Für einen dieser Fälle haben wir eine ausdrückliche Bestätigung. Der Vater kann mandiren: si expedit adire (Note 3), und ebenso kann man auch Jemandem den Auftrag geben: ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem. fr. 48. de acq. vel om. her.

lose Handlung voraussetzen. Bei den Römern wurde nun in der That neben der **cretio**, die früher ganz allgemein gewesen war, in der klassischen Juristenzeit diese ganz formlose Erbantretung als **pro herede gestio vel nuda voluntas suscipiendae hereditatis** anerkannt (s. §. 128. u. 135). Es ist nie vor Justinian ein Gesetz gegeben worden, daß die eigenthümlichen civilrechtlichen Schranken, welche bei der **cretio** die Unzulässigkeit der Stellvertretung hervorriefen, auch auf die formlose **her. aditio** übertragen werden sollten. Die Frage kann also nur so gestellt werden: ob nun doch die klassischen Juristen diese Uebertragung vorgenommen haben, oder nicht? Fänden wir nun Ersteres in unseren Quellen bestätigt, so müßten wir den Juristen einen starken Mißgriff Schuld geben, denn da gar kein äußeres zwingendes Gesetz vorlag, so war nicht der geringste Grund vorhanden, weßhalb man das, was bei der **cretio** die Natur der **actus legitimi** hervorrief, auf die formlose **her. aditio**, die eben kein **actus legitimus** war, hätte herüberziehen sollen. Finden wir dagegen, daß die Römischen Juristen annahmen, was eine wissenschaftlich consequente Argumentation mit Nothwendigkeit ergiebt, so verdienen sie auch in diesem Punkte das Lob, das wir ihnen überhaupt in hundert und tausend Fällen spenden müssen.

Auf welche von beiden Seiten dieser Alternative führen uns nun unsere Quellen? Auf jene erstere wahrlich nicht, aber freilich müssen wir zugestehen, daß wir auch für die letztere wenig Andeutungen besitzen. Nichtsdestoweniger scheinen sie mir vollkommen genügend, um eben diese letztere Annahme für die allein mögliche zu erklären. Daß uns wenige Fragmente der Römischen Juristen darauf hindeuten, erklärt sich wohl daraus, daß es damals regelmäßige Sitte war, die **b. p.** zu agnosciren, bei der die Zulässigkeit der Stellvertretung allgemein bekannt war, und daß überhaupt die **nuda voluntas acquirendae hereditatis** als genügende civile Erbantretung, wie ich oben gezeigt habe (§. 128), von den meisten Römischen Juristen gar nicht erwähnt wird.

Die Zeichen, daß die klassischen Juristen eine Stellvertretung bei der formlosen Antretung unbedenklich zuließen, sind folgende. Sie erkennen zuerst die **aditio per nuntium** (s. d.

vor. §. unter a) ganz entſchieden an [1]). Aber auch die **pro herede gestio** durch einen Anderen als den Berufenen (ſ. d. vor. §. unter b) muß man im Allgemeinen für möglich gehalten haben, denn ſchon der Kaiſer Decius ſagt (250), daß der Vater die dem Sohn deferirte Erbſchaft, mit dem Willen des Sohnes durch **pro herede gestio** erwerben kann [2]). Freilich handelt der Vater hier ebenſo in doppeltem Sinne, als wie der Sohn, wenn er nach dem **jussus** des Vaters die **cretio** vornimmt. Auf ſeinen eigenen Willen kommt es weſentlich mit an, aber dabei iſt doch nicht zu läugnen, daß er zugleich Stellvertreter des berufenen Sohnes iſt, weßhalb denn dieſer auch conſentiren muß. Daß nach den Worten der angeführten Stelle über dieſe Befugniß des Vaters zur **pro herede gestio** mehrfache Reſcripte erlaſſen worden ſind, bezieht ſich nur auf die **cretio**, welche hier eigentlich nöthig war [3]), nichts aber deutet uns darauf hin, daß es einer beſonderen kaiſerlichen Sanction bedurft hätte, um die **pro herede gestio** durch einen Anderen als den Berufenen vornehmen laſſen zu können. — Noch deutlicher aber ſieht man die Zuläſſigkeit der Procuratoren bei der **pro herede gestio** aus einer beſonders privilegirten Ausnahme. Der **procurator Caesaris** hatte vor einem gewöhnlichen **procurator** ein Doppeltes voraus. Er konnte einem **servus Caesaris** den **jussus** zur Vornahme der **cretio** ertheilen, während derſelbe eigentlich vom **Caesar** ſelbſt hätte ausgehen müſſen; ferner konnte er (und das intereſſirt uns hier), wenn der **Caesar** ſelbſt inſtituirt, und die Erbſchaft eine entſchieden vortheilhafte war, auch ohne weiteres Mandat vom **Caesar** die **pro herede gestio** vornehmen, und damit den **Caesar** zum **heres** machen [4]). Darin liegt doch, ſo viel ich ſehen kann, das offenbare **argumentum a contrario**, daß die

1) 65. §. 3. ad SC. Trebell. „quomodo absentes per. nuntium".
2) l. 4. C. de jure delib.
3) ſ. §. 135. Note 14.
4) fr. 1. §. 2. de offic. procur. Caesar. — Est hoc praecipuum in Procuratore Caesaris, quod et ejus jussu servus Caesaris adire hereditatem potest; et si Caesar heres instituatur, miscendo se opulentae hereditati Procurator heredem Caesarem facit.

übrigen **procuratores**, denen dies **praecipuum** fehlt, nur in Folge des Auftrages vom Berufenen, dann aber doch entschieden, sich immisciren können. Um aber hierüber gar keinen Zweifel zu lassen, hat Justinian als **fr. 2. eod.** noch eine Stelle aus Paulus hinzugefügt, worin gesagt wird, daß für insolvente Erbschaften es bei der allgemeinen Regel, welche einen besonderen Auftrag des Berufenen voraussetzt, verbleiben, und also der Kaiser erst befragt werden müsse [5]).

Ueber den dritten im vorigen §. (unter c) erörterten Punkt, ob man nämlich auch ein bedingtes Mandat zur Erbantretung dem **procurator** ertheilen könne, fehlen uns nun freilich alle Aussprüche der Römer. Aber ich darf wohl fragen, ob, wer mit der wissenschaftlichen Thätigkeit der klassischen Juristen vertraut ist, irgend daran zweifeln kann, daß sie, wenn man überhaupt an diese Fragen gedacht hat, unbedenklich das anerkannt haben müssen, was sie sich beim Mandat des Vaters an den Sohn und bei der **b. p.** ganz zum klaren Bewußtsein gebracht hatten? Ich glaube die Sache selbst spricht kräftig genug für sich, als daß ich noch weiter Worte darüber zu verlieren brauchte. —

In der späteren Kaiserzeit ist freilich von der Stellvertretung bei der Erbschaftsantretung auch nicht weiter die Rede, aber jedenfalls liegt gar nichts vor, daß man glauben könnte, es sei an dem für die formlose **her. aditio** zur klassischen Juristenzeit Angenommenen irgend etwas verändert worden. Im Gegentheil tritt, wie im 3. Kapitel des 3. Buches ausgeführt ist,

---

5) **fr. 2. eod. Quodsi ea bona, ex quibus Imperator heres institutus est, solvendo non sint, re perspecta consulitur Imperator; heredis enim instituti in adeundis vel repudiandis hujusmodi hereditatibus voluntas exploranda est.** Gerade indem Paulus in diesen Endworten allgemein vom heres spricht, drückt er sehr deutlich aus, daß im Fall der insolventen Erbschaft der Imperator mit allen übrigen heredes auf gleicher Stufe steht; daß also alle procuratores in Folge speciellen Mandates die pro herede gestio vornehmen können. Averanius a. a. O. §. 41 hat dies ganz verkannt, und erklärt (was nirgends steht, und im Gegentheil den Worten widerspricht) es auch für ein praecipuum des procurator Caesaris, daß er in Folge speciellen Mandates sich immisciren könne. Ebenso Mühlenbruch Commentar Bd. 42. S. 405.

die **cretio** immer mehr zurück, also an eine Uebertragung der an ihr klebenden starren Regeln auf die **pro herede gestio** (worunter damals noch die **her. aditio** im eng. Sinn begriffen wurde) konnte man unmöglich denken.

So gelangen wir denn auf Justinian, von dem bekanntlich (ohne daß man sich auf die vorhergehenden Zeiten weiter eingelassen hat) heutzutage allgemein angenommen wird, er habe die Uebertragung der an der **cretio** haftenden Eigenthümlichkeiten auf die formlose **her. aditio** in der That sanctionirt, derselbe Justinian, der noch besonders durch Verallgemeinerung eines früheren Gesetzes **cretionum scrupulosam solennitatem penitus** amputirt wissen will [6]), derselbe, der durch Aufnahme der **l. 12. C. de jure del.** anerkennt, daß in der Agnition der **b. p.** eine **pro herede gestio** liege, also mittelbar doch auch, daß man durch Stellvertreter eine **pro her. gestio** vornehmen könne! Justinian gesteht zu, daß man in allen Erbklassen durch die formlose **aditio** zur Erbschaft gelangen könne, der formelleren Agnition soll es nicht mehr nothwendig bedürfen, und dies ist ja doch ein Freierwerden des Rechtes, wie es die Zeit forderte; und nun soll er umgekehrt der formlosen **her. aditio** eine Beschränkung aufgeladen haben, die sie bisher gar nicht gehabt hatte, und die jetzt zugleich bei der Aufhebung der **cretio** vollkommen widersinnig gewesen wäre. Es ist dies so ganz gegen alle Principien des Justinianeischen Rechtes, welche aus der Behandlung des gesammten Erbrechtes hervorleuchten, daß wir nothwendig sehr gewichtige Gründe haben müßten, um wirklich Justinian den Willen einer solchen Rechtsänderung zuschreiben zu können. Denn natürlich sein entschiedener Wille muß erweislich sein; Stellen, die eine andere Deutung zulassen, oder sich leicht aus einem Versehen, einer Nachlässigkeit der Compilatoren erklären, sind nur schwache Beweismittel [7]).

Es sind nun drei Pandektenfragmente, auf die man jene Ansicht gestützt hat. Daß die erste gar nichts beweist, hebt

6) l. 17. C. de jure delib.

7) Mühlenbruch a. a. O. S. 408 u. ff. gesteht zu, daß die Ausschließung der Stellvertretung bei der her. ad. ganz haltlos in der Compilation dastehe, aber freilich meint er sie doch annehmen zu müssen.

schon Mühlenbruch (a. a. O. S. 402.) hervor. Es heißt im fr. 54. pr. de acq. rer. dom.: **Homo liber hereditatem nobis acquirere non potest**; aber der Jurist redet von einem Menschen, der einem Andern als Sclave dient, in der That aber frei ist, und hier ist die Entscheidung allerdings ganz richtig. Daß der Jurist und dann auch Justinian sie als eine allgemeine Regel auffassen wolle, ist ganz aus der Luft gegriffen. Die zweite Stelle ist fr. 90. pr. de acq. vel om. her.: **per procuratorem hereditatem acquiri non posse.** Aber die Florentina liest **per curatorem** [7a]), und dies wird sehr dadurch bestätigt, daß die Compilatoren sich wohl diesen ganz formlosen Satz an die vorhergehende Stelle, worin von einem Pupillen die Rede ist, angeknüpft dachten. Wenn nun gleich das Wort **curator** bisweilen im Sinn von **procurator** vorkommt [8]), so kann doch jedenfalls auch der wahre **curator** damit gemeint sein, und für diesen ist auf alle Fälle der Satz ganz richtig, denn kein **curator** konnte allein eine **her. aditio** vornehmen, er mußte wenigstens factisch den Vertretenen (auch z. B. den **furiosus**) mithandeln lassen. Abgesehen davon blieb nur die Agnition der **b. p.** übrig, und auch dies gar nicht einmal bei allen Curatoren. Die Stelle beweist also, wegen der Verschiedenheit der Lesart, wobei überdies für die: **per curatorem** das Uebergewicht der Gründe spricht, wiederum nichts. — Es bleibt noch die letzte Stelle übrig. Es ist das bekannte fr. 77. de regul. jur., worin unter den **actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem** auch die **her. aditio** aufgezählt, und wobei ausdrücklich noch hervorgehoben wird, daß sie nur **tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt.** Dies ist nun allerdings ein rein positiver Ueberrest der alten **cretio**, denn daß Papinian statt **hereditatis aditio: cretio** geschrieben oder wenigstens nur sie unter jenem Worte verstanden hat, leidet keinen Zweifel. Justinian hätte nun in der That die **her. aditio** (wenn die Stelle nicht in dem Titel **de regulis juris antiqui** über-

7a) Wie leicht konnte sich aus dem vorhergehenden per das pro von curatorem durch Mißverständniß einschleichen. Vgl. fr. 23. §. 3. de her. inst. in Verbindung mit fr. 1. §. 2. de curat. bon. dand.

8) Mühlenbruch a. a. O. S. 401. Note 68.

haupt eine historische Notiz sein sollte) besser ganz daraus gestrichen, aber auf jeden Fall können wir nun doch, wenn wir auch annehmen, er habe mit dieser Stelle von der alten Steifheit der **cretio** etwas als praktisches Recht auf die formlose **her. aditio** übertragen wollen, diese Uebertragung natürlich nur so weit gelten lassen, als es die Worte mit sich bringen. Von der Stellvertretung bei der Antretung ist nun aber gar nicht die Rede, die Stelle beweist also gegen deren Zulässigkeit durchaus nichts. Sie sagt nur, daß wer eine **her. aditio** vornimmt (sei dies nun der Berufene selbst, sei es ein Stellvertreter), keine Clauseln, auch wenn sie in der Sache selbst liegen, formell aussprechen darf. Mithin schließt sie nicht einmal die bedingten Aufträge zur Antretung aus, sobald nur nicht die Antretungshandlung selbst unter diese Bedingung gestellt wird, was wir ja schon daraus sehen, daß selbst trotz der alten **cretio**, die der Sohn vornahm, der Vater ihm einen bedingten **jussus** dazu ertheilen konnte. Also auch diese dritte Stelle kommt für unsere Frage nicht in Betracht; und überhaupt dürfen wir wohl sagen, daß selbst das, was sie *wirklich* sagt, keine practische Geltung hat. Die Compilatoren mogten bei der Aufnahme der **her. aditio** an das denken, was in der That ganz richtig ist, nämlich an die Unzulässigkeit einer wahren Bedingung (**fr. 51. §. 2. de acq. vel om. her.**). Der zweite Satz, den die Stelle enthält, daß auch die in der Sache selbst liegenden Bedingungen nicht formell ausgesprochen werden dürften [8a]), wird mit besonderer Beziehung auf die Acceptilation vorgetragen, wobei ihn die Compilatoren vielleicht noch aufrecht erhalten wollten. Daß er nun freilich nach der Fassung der Worte auch auf die formlose **her. aditio** zu *beziehen ist*, mögen die Compilatoren in der Eile übersehen haben. In Justinians Constitutionen wird so entschieden, wie auch schon in früherer Zeit, jede beliebige Willenserklärung als genügend vorausgesetzt, daß damit eine solche formelle Beschränkung ganz unvereinbar ist. In das Deutsche Rechtsleben ist sie jedenfalls nicht übergegangen.

8a) Ein dahin gehöriges Beispiel wird im §. 171 Nr. 1. vorkommen.

Wir können nach dem Bisherigen wohl unbedenklich annehmen, daß auch das Justinianeische Recht der Zulässigkeit der Stellvertretung in keiner Weise entgegensteht. Aber auch angenommen, dies sei der Fall, so müssen wir sie nichtsdestoweniger dem heutigen Recht vindiciren. Duarenus und Averanius [9]) führen an, und dem ist nie widersprochen worden, daß die Praxis einen Auftrag an den Stellvertreter, die Solvenz der Erbschaft genau zu prüfen, und dann anzutreten, zulasse. Also trotz dem, daß man im Römischen Rechte das Entgegengesetzte zu finden meinte, ist man in einem Falle, der eben am leichtesten im Leben vorkommen kann, davon abgewichen. Man sieht daraus, wie sehr das practische Bedürfniß darauf hindrängt, eine Stellvertretung zu gestatten. Nun aber ist dies nur ein einziger Fall, dem viele andere vollkommen gleich stehen, er ist nur der Ausfluß des allgemeinen Rechtsbewußtseins, daß die Unzulässigkeit der Stellvertretung, wenn das Röm. Recht sie enthielte, für uns unpassend wäre. Man hat sich nur bisher nicht darauf eingelassen, wissenschaftlich zu untersuchen, welche andere Fälle vollkommen auf gleicher Stufe stehen. Sollen wir nun jenem einzelnen Fall allein Geltung zusprechen? Jedermann wird das läugnen. Wenn die Praxis das eine Mal einen Stellvertreter für die Antretung zuläßt, so kann sie ihn nicht das andere Mal zurückweisen wollen, sobald nur die entschieden bei uns geltenden Grundsätze über das Erbewerben und das Mandat nicht dadurch verletzt werden. Ist es mir daher gelungen, die aus diesen Grundsätzen für unsere Frage consequent zu ziehenden Folgerungen darzulegen, so muß man auch den ganzen Inhalt des §. 168. für practisches Recht erklären, selbst wenn man mir, wie ich es nicht für wahrscheinlich halte, in Bezug auf das Justinianeische Recht widersprechen wollte.

9) Duarenus wird von Averanius citirt, ich kann aber die Stelle nicht angeben, die Letzterer im Auge hat. Averanius a. a. O. §. 59. u. ff. s. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 413. der mit Recht Averanius tadelt, daß er, als strenger Vertheidiger der Unzulässigkeit einer Stellvertretung im Römischen Rechte, doch gerade den Fall, welchen die Praxis anerkennt, auch aus dem Römischen R. zu begründen sucht. s. auch §. 177. Note 11.

III. Die b. p. als geschlossenes auf den Erbschaftsbesitz gerichtetes System.

§. 170. Nach den bisherigen Untersuchungen bedarf die Frage, welche Theile der **b. p.** noch unter Justinian als ein in sich abgeschlossenes, vom Civilrecht getrenntes, Ganzes bestehen blieben, nur kurzer Andeutungen, indem wir mehr nur das in der voraufgehenden Darstellung hierauf Bezügliche der Uebersichtlichkeit wegen hier zusammenzustellen haben.

1. Es besteht im Justinianeischen Recht für sämmtliche Erbklassen das Recht auf provisorische Besitzeinweisung, für die testamentarische die **missio Hadriana**, für die Intestatklassen das **Int. quor. bon.** In dieser Hinsicht sind sie in eine Reihenfolge (**successorium edictum**) geordnet [1]), worein auch das Recht auf die **missio** als eingefügt zu denken ist (§. 162). Ueber die Erlangung der **missio** gelten die von Justinian dafür angeordneten Regeln, die Intestatklassen (auch die der Novelle 118.) haben, um das Interdict geltend machen zu können, in den Prätorischen Agnitionsfristen vor einem Richter den Willen der Erbantretung zu erklären (§. 156.). Eine verfrühte Agnition (**inter alienas vices**) hat nicht die Folge, daß dadurch der voranstehenden Klasse vor Ablauf der ihr zustehenden Frist das Interdict entzogen würde (§. 153. Not. 1).

Die **missio** und das Interdict stehen darin gleich, daß sie Beide auf die **corpora hereditaria** gerichtet sind, die Verhältnisse zu den Gläubigern und Schuldnern werden, wie bei jedem **bonae fidei possessor**, nach **l. 12. C. de her. pet.** beurtheilt (§. 161. Nro. 2. und §. 151. Nro. 1. u. 2.). Beide Rechtsmittel unterscheiden sich dadurch, daß der testamentarische Erbe die **missio** bei noch besitzlosem Zustande der Erbschaft und gegen eigenmächtige Besitzergreifer geltend machen kann, während das Interdict der Intestaterben nur gegen die Letzteren

1) Isidori Or V. 25. Bonorum possessio est jus possessionis, certo ordine (d. h. nach dem successorium edictum) certoque titulo aquisita. Freilich können diese Worte auch einem älteren Juristen entlehnt sein, denn sie passen auch auf die frühere Zeit. Aber Isidor würde sie nicht ausgewählt haben, wenn sie nicht auch für seine Zeit gepaßt hätten.

geht, indem ihnen sonst die eigenmächtige Besitzergreifung überlassen ist (§. 146. Note 5.). Im Uebrigen aber gilt für Beide der Satz, daß wer durch richterlichen Spruch in den Besitz gesetzt ist, nur noch durch die petitorische Erbschaftsklage daraus vertrieben werden kann (§. 147. Note 4.), und für das Interdict sind alle Grundsätze, welche wir im vierten Kapitel des dritten Buchs entwickelt haben, auch im Justinianeischen Rechte bestehen geblieben (§. 156.).

2. Außer diesem für alle ordinären Erbklassen bestehenden Rechte der provisorischen Besitzergreifung giebt es nun im Justinianeischen Rechte noch mehre andere theils näher theils entfernter verwandte Nebeninstitute der **b. p.**, die insgesammt durch den Character der interimistischen Besitzeinweisung zusammengehalten werden. Hieher gehören die **b. p. furiosi** und die ihr gleichstehenden Fälle (§. 166. 167.), die **Carboniana b. p.**, und die **missio ventris nomine** (§. 79. 80.).

Sie unterscheiden sich genau von dem, was in der Justinianeischen Compilation regelmäßig **b. p.** heißt, d. i. von der definitiven **successio ex jure praetorio**, eine wahre Erbantretung ist bei ihnen nicht möglich, es kann also auch nicht daran gedacht werden, daß, wie bei den ordinären Erbklassen, der Erbittung vom Richter sich die einfache **pro herede gestio** oder **her. aditio** substituiren ließe. Vielmehr steht die **missio ventris nomine**, als eine reine Mission, unter den gewöhnlichen Regeln wie man immittirt werden kann, während die **Carboniana**, schon mehr dem Charakter der **b. p.** sich nähernd, auch an deren Agnitionsregeln Theil nimmt, und endlich für die **b. p. furiosi** spricht es Justinian ausdrücklich aus, daß sie der neueren freien Agnitionsform unterworfen sein soll [2]).

Ebenso wie sich diese drei Institute von der definitiven **successio ex jure Praetorio** wesentlich schon nach der Erwerbart unterscheiden, so sind sie nun auch genau von jenem unter Nr. 1. besprochenen interimistischen Besitzesrecht der ordinären Erbklassen zu trennen. Das was man durch die **missio Hadriana** und das **Int. quor. bon.** erlangt, sind nur die **cor-**

2) l. 7. §. 3. C. de curat. fur.

pora hereditaria, während hier unsere drei Rechtsmittel das ganze Vermögen zum Gegenstande haben.

Endlich aber sind letztere auch keineswegs unter sich ganz gleichartig. Die **missio ventris nomine** muß eine reine Mission sein, weil es noch ganz an der Person fehlt, welche **b. possessor** werden kann [3]). Die **Carboniana** ist ein Gemisch von **missio** und **b. p.**, weil hier die Person, um deren Erbrecht es sich handelt, schon vorhanden ist, aber man noch zweifelt, ob ihr Erbrecht zustehe. Die Eigenthümlichkeit des Falles bringt es mit sich, daß der Richter hier Jemanden soll für den Erben erklären können, ohne sich auf die Frage, auf die es hauptsächlich ankommt, einzulassen. Aber die Natur der Sache fordert, daß die Präsumtion des vorhandenen Erbrechts nur interimistisch sei. Wieder anders ist es bei der **b. p. furiosi**, wo eine Präsumtion des vorhandenen Erbrechts gar nicht nöthig ist, indem die berufene Person entschieden existirt, aber es ihr nur an der Fähigkeit der Antretung fehlt. Bis dahin soll denn der **curator** die **custodia** der Erbschaft übernehmen.

Zur Zeit der klassischen Juristen waren denn auch die Rechtsmittel des Eingewiesenen verschieden. Für die **missio ventris nomine** bestand das Interdict **ne vis fiat ei qui in poss.** Aus dem **Carbonianum edictum** folgte das **Interd. quor. bon.** und die **fictitiae actiones** (die **possessoriae actiones**), und dasselbe müssen auch die Röm. Juristen für die **b. p. furiosi**, mogten sie ihr nun einen definitiven oder provisorischen Charakter beilegen, angenommen haben.

Im Justinianeischen Rechte ist hieran, soweit überhaupt in einen und in den anderen Fällen materielle Verschiedenheiten im Klagenschutz vorliegen, nichts verändert worden.

IV. Die b. p. litis ordinandae gratia und decretalis im Justinianeischen Rechte.

§. 171. Es bleiben mir nur noch zwei Punkte übrig, deren Bedeutung im Justinianeischen Rechte zu prüfen ist. Unter sich selbst freilich stehen sie in keiner weiteren Verbindung,

3) Huschke. Richterſche Jahrb. 1839. I. S. 32.

denn daß die **b. p. litis ord. gr.** eine **decretalis** gewesen sei, ist unwahrscheinlich [1]).

Die **b. p. litis ordinandae gratia**, deren Bedeutung im §. 122. entwickelt ist, hat Justinian in die Pandekten aufgenommen, und sie scheint also damit noch als etwas practisch Anwendbares festgehalten zu sein. Demgemäß vindicirt sie auch Thibaut [2]) selbst unserem heutigen Rechte. Indeß ist dies schon vom Justinianeischen Standpunkte aus nicht richtig. Wenn Justinian im Allgemeinen den ordinären Erbklassen statt der Agnition auch jede andere **her. aditio** oder **pro her. gestio** als genügend erlaubt, so ist gar nicht abzusehen, weßhalb das nicht auch hier der Fall sein sollte. Daß die Agnition hier dennoch in der Compilation anerkannt wird, erklärt sich ebenso, wie überhaupt ihre Aufnahme bei allen Erbklassen. Sie ist nichts Verbotenes, geradezu Aufgehobenes, aber sie ist auch nichts Nothwendiges. Den cognatischen Verwandten, welche die Querel anstellen wollen, ist sie zur Begründung und Transmission dieser Klage nichts unumgänglich Nöthiges, aber man konnte doch unbedenklich die davon handelnden Stellen aus denselben Gründen in die Compilation aufnehmen, um derentwillen man überhaupt die Agnition als eine der Antretungsarten des definitiven Erbrechts hat fortbestehen lassen. Ja hier noch mehr, da, wie wir aus den Basilikenscholiasten gesehen haben, (§. 155 Note 9) es damals zur Sitte geworden zu sein scheint, jede Querel regelmäßig durch die **b. p. lit. ord. gr.** einzuleiten. Aber die Scholiasten erkennen nichts destoweniger an, daß man auch in anderer Weise die Präparation vornehmen könne. Die drei Klassen der Descendenten, Agnaten und Cognaten sind schon zu Civilrecht erhoben, es bedarf also nicht erst zur Begründung ihres Intestaterbrechtes, worauf dann die Querel gebaut würde, der **bonorum possessio.** Jedenfalls aber mußte man dies, wenn es nicht vorher schon der Fall gewesen wäre, seit der Novelle 118 annehmen. —

Ebenso wie die **b. p. litis ordin. gr.** zu den antiquirten

1) Fabricius nimmt dies an. b. p. S. 184. f. dagegen Huschke in den Richterschen Jahrb. 1839. S. 32.

2) Pandekten (8. Aufl. §. 971).

Instituten gehört, so hat auch die **decretalis b. p.** ihre formelle Eigenthümlichkeit im Justinianeischen Rechte ganz verloren. Es ist oben §. 113. bereits hervorgehoben worden, daß dieselbe im klassischen Juristenrecht von der **causa cognita** ertheilten **b. p.** genau zu scheiden sei. Niemand wird nun aber bezweifeln, daß in der späteren Kaiserzeit alle **causae cognitiones** bei der Agnition hinweggefallen sind, und wenn in den Quellen noch davon die Rede ist, dies nur soviel heißt, der Richter habe in dem nachfolgenden Proceß den fraglichen Punkt zu untersuchen. Die Stellung der Richter war eine andere geworden, es bestand nicht mehr jenes selbständige Eingreifen des Prätors, wonach er auch ohne einen bereits begonnenen Proceß die **bonorum possessiones** handhabte. Dies war denn aber auch ebenfalls der Grund, daß die äußere Verschiedenheit der **decretalis b. p.**, der **edictalis** gegenüber, verschwand [3]). Der Richter hatte damals nicht mehr die Stellung, daß er aus dem Geiste der Rechtsregeln ein Erbrecht nach eigenem Ermessen hätte bewilligen können, wie das früher der Prätor that (s. §. 113. Note 3.). Es kam also jetzt nur noch darauf an, ob in den geltenden Rechtsquellen dasselbe anerkannt war, und in diesem Falle (z. B. **fr. 14. §. 1. de b. p. c. t.**) [4]) stand denn auch nichts entgegen, das Erbrecht in gewöhnlicher Weise zu erwerben. — Ebenso konnte auch bei der anderen Art von **decretales bonorum possessiones** (d. h. denen, welche einer besonderen Interposition des Prätorischen Imperium trotz ihrer Aufstellung im Edicte bedurften) ihre frühere Gestalt, die sie zur klassischen Juristenzeit hatte, nicht mehr festgehalten werden. Der Richter war gar nicht mehr in der Lage, daß man von seinem **imperium** noch etwas Besonderes hätte abhängen lassen können.

Ich behaupte hiermit nicht, daß zu Justinians Zeit alle Fälle, welche früher **decretales** waren, ganz der richterlichen

3) Unter die Zahl der Fälle, wo die b. p. früher **decretalis** war, hat Fabricius viele aufgenommen, von denen dies durchaus unerweislich ist (b. p. S. 162. ff.), was von Huschke (Richterſche Jahrb. 1839. S. 27. ff.) berichtigt worden ist. s. auch v. Löhr. Magazin II. S. 437.

4) Andere Stellen s. bei v. Löhr a. a. O. unter Nro. I.

Cognition und Entſcheidung entzogen worden wären, und daher unter den gewöhnlichen Regeln der bloßen Erklärung vor einem Richter, die dann auch durch **pro herede gestio** oder **her. ad.** erſetzt werden könnte, ſtänden. Allerdings giebt es noch immer Fälle, wo die Erlangung der **b. p.** noch wirklich richterliche Verleihung vorausſetzt, der eine Unterſuchung vorausgehen konnte, aber dies ruht jetzt auf ganz anderen Gründen als früher, und ein Fortbeſtehen der alten **decretalis** iſt alſo doch nicht darin zu finden. Wir müſſen nämlich hier folgende zwei Punkte unterſcheiden:

1. In den Fällen, wo Ungewißheiten über die Erbfolge vorhanden waren, weil noch ein **postumus** erwartet wurde [5]), oder über den **status** des Verſtorbenen Zweifel beſtehen [6]), interponirte der Prätor ſelbſt ſchon im Voraus ein **decretum**, damit beſtimmte Perſonen durch den vor Entſcheidung der Ungewißheit erfolgten Tod nicht ihres Erbrechts verluſtig gingen. Es kann wohl kein Zweifel ſein, daß in dieſen Fällen nach Juſtinianeiſchem Rechte der Intereſſirte ſchon im Voraus die gewöhnliche Agnition oder **her. aditio** vornehmen konnte, obgleich dieſe noch von einer in der Sache ſelbſt liegenden Bedingung, die auch gar nicht einmal beſonders ausgeſprochen zu werden brauchte, abhängig war. Eine beſondere Unterſuchung und Entſcheidung des Richters bei dieſer Antretung lag gar nicht mehr in ſeinen Befugniſſen, während er allerdings nachher, wenn ein Proceß entſtand, über die Gültigkeit der Antretung entſcheiden konnte.

2. In anderen Fällen iſt dagegen auch noch im Juſtinianeiſchen Rechte eine richterliche Entſcheidung bei Erlangung der **b. p.** denkbar und nöthig. Ebenſo wie nämlich die **missio ventris nomine** dieſe offenbar vorausſetzt, ſo fordert das Weſen der **Carboniana b. p.** ſie gleichfalls. Aber ſie iſt hier doch Nichts als der Ausſpruch des Richters über die ihm obliegenden **causae cognitiones**. Es iſt nun oben entwickelt worden, daß um dieſer willen die **Carboniana** wahrlich keine **decretalis** war (§. 80.), und zugleich iſt auch leicht einzuſehen, daß die

5) fr. 84. de acq. vel om. her. fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. ſ. oben §. 76.

6) fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.

wahren Gründe, aus denen sich das **decretum** erklärt, ins Justinianeische Recht nicht mehr passen, ebenso wenig wie hier noch der frühere Unterschied zwischen den **missiones in bona edictales** und **decretales** (§. 113. Note 3. am Ende) besteht. Daß Justinian dies sehr deutlich durchschaut hat, sehen wir aus der einzigen Stelle, worin er Gelegenheit findet von dieser Frage zu sprechen, nämlich bei der **b. p. furiosi**. Diese nahmen die Juristen, welche die von Justinian gebilligte Ansicht hatten, deßhalb als eine **decretalis** an, weil es sich hier um ein **jus singulare** für eine antretungsunfähige Person handele, wobei der Prätor noch besonders sein **imperium** zu interponiren habe. Justinian aber erklärte mit Recht, obgleich er die Sache billigte, die äußere Form der **decretalis b. p.** für aufgehoben.

Außer der **Carboniana** haben wir nur noch einen Fall, wobei zur Erlangung der **b. p.** richterliche Entscheidung nöthig ist, nämlich bei der sog. **transmissio ex capite in integrum restitutionis** [7]), aber hier liegt gar keine wahre **decretalis b. p.** vor, wie Huschke a. a. O. S. 32. mit Recht bemerkt, sondern es wird nur nach ausgesprochener Restitution den Erben das **commodum** der Erbschaft, die nicht angetreten war, zugesprochen [8]).

---

7) fr. 86. pr. de acq. vel om. her. fr. 5. de b. p. c. t. fr. 42. §. 3. de bon. libert. fr. 3. §. 30. de SC. Silan.

8) Etwas Aehnliches ist, daß der Fideicommissar aus der Person des Fiduciars eine Restitution der Agnitionszeit der b. p., exhibendi fideicommissi gratia, verlangen kann. fr. 63. §. 14. ad SC. Trebell.

Fünftes Buch.

Die Reception der bon. poss. und das heutige Recht.

Einleitung.

§. 172. In den voraufgehenden vier Büchern sind die Gestaltungen, welche die **bon. poss.** bei den Römern gewonnen hat, vollständig dargestellt. Es bleibt uns als letzte Aufgabe die Untersuchung der Zeiten, in denen das Studium und die Anwendung des Römischen Rechtes wieder auflebte, und allmählig auch nach Deutschland übertragen wurde. Dadurch werden wir in den Stand gesetzt werden, das heutzutage geltende Recht, als das Endresultat des gesammten Werkes, mit Sicherheit festzustellen.

Es ist hier nicht der Ort, die Gründe anzugeben, aus denen überhaupt das Römische Recht zu einem in Deutschland practisch anwendbaren geworden, und den Gewinn klar zu machen, der uns aus dieser Aufnahme eines großen Complexes wissenschaftlich ausgebildeter Institute erwachsen ist [1]). Wohl aber muß hier kurz hervorgehoben werden, welche Nachtheile mit dieser Reception verknüpft gewesen sind, welche Fehler man bei der Handhabung des Römischen Rechtes sich hat zu Schulden kommen lassen.

Daß durch das Auftreten des Römischen Rechtes die Pflege und Anwendung des Deutschen eine lange Zeit über die Gebühr zurückgedrängt worden, ist eine bekannte Sache. Man hat nicht bloß Römisches Recht auf Verhältnisse übertragen, für die es gar nicht paßte, man hat auch da, wo in der That Römisches Recht ganz wohl zur Anwendung geeignet war, doch unterlassen, es mit den daneben stehenden Deut-

1) S. meine Schrift: über die Entwicklung eines positiven gemeinen Rechts in der Menschheit. Basel. 1846.

schen Rechtsansichten gehörig zu verarbeiten, so daß der Begriff eines einheitlichen Deutschen Rechtes, das, sei es nun aus Römischer oder Deutscher Quelle hervorgegangen, doch immer ein einziges organisch gegliedertes Ganzes ausmachen muß, völlig verloren ging. — Es läßt sich erklären, wie dies gekommen ist. Das Römische Recht ist in so trauriger äußerer Gestalt auf uns gelangt, daß es des Studiums von Jahrhunderten bedurfte, um den Inhalt und Geist desselben überschauen, und mit bewußter Selbständigkeit beurtheilen zu können, was davon noch für uns brauchbar sei. Aber eben dies Jahrhunderte lang fortgesetzte gelehrte Studium wirkte nur leider zu sehr auf das practische Rechtsleben ein. Das Recht, welches man anwandte, war ein dem Volke entfremdetes, und das im Volke daneben in der That noch lebende Recht wurde von den Juristen nicht so, wie geschehen sollte, angewandt. So ist denn der Rechtszustand, der sich in Deutschland seit dem Eindringen des Römischen Rechtes gestaltete, wahrlich kein lobenswerther gewesen. Freilich ist der Wunsch ein verkehrter, daß wir das Römische Recht überhaupt nicht hätten aufnehmen sollen, wohl aber *ists* vollständig begründet zu sagen, daß unsere Vorfahren das aufgenommene Römische Recht weit besser hätten handhaben können, als geschehen ist [2]).

Hieraus erklärt sich von selbst nun auch Folgendes. Wenn man nicht einmal das bestehende Recht richtig zu fassen und zu handhaben verstand, so ist noch viel weniger daran zu denken, daß die vor uns liegenden Jahrhunderte zu einer wohlüberlegten und tief genug eingreifenden Fortbildung der von den Römern recipirten Rechtsinstitute die Kraft gehabt hätten. Die Fortbildung des Rechts geschieht durch Gesetz, Gewohnheitsrecht und durch die Wissenschaft. Es würde eine große Kurzsichtigkeit verrathen, wenn man meinen wollte, daß die Römischen Juristen, so viele Rechtsinstitute sie auch vortrefflich ausgebaut haben, überhaupt fertig geworden wären, und daß sie nicht späteren Männern von wissenschaftlicher Kraft große Gebiete der Thätigkeit hinterlassen hätten [3]). Die Deutschen Juristen

2) s. die in Note 1. angef. Schrift S. 18. ff.

3) Ein verhältnißmäßig geringes Beispiel unter vielen ist die oben behandelte Frage von der Erbantretung durch Stellvertreter.

aber, von zu viel Ehrfurcht vor den Römern erfüllt, und zu wenig vom Geiste der Römischen Juristen beseelt, wagten sich selten auf ein solches Feld. Ebensowenig war man in Fragen, wo die Fortbildung des Rechtes nicht mehr durch die wissenschaftliche Autorität der Juristen sondern nur durch die Gesetzgebung möglich ist, darauf bedacht vorwärts zu schreiten. Lehren, wie das Notherbenrecht in seiner Justinianeischen Gestaltung, bedürfen doch dringend genug der Umbildung, aber die Deutsche Reichsgewalt war nicht im Stande, ein ganz Deutschland umfassendes besseres und einfacheres Gesetz zu geben. So konnte denn höchstens durch einzelne particulare Gesetze geholfen werden, aber der Vortheil der einheitlichen Fortbildung des in Deutschland geltenden Rechtes ging verloren.

Hoffen und streben wir, daß es bald und gründlich anders werde, daß wir wieder eine gesetzgebende Autorität erlangen, die eine lebendige, auf ganz Deutschland gemeinsam sich erstreckende Thätigkeit unserem Rechtswesen zuwende, die da theils bestehendes Recht (sei es national-deutschen Ursprungs oder von den Römern entlehnt) zur leichteren practischen Anwendung sammle, theils aber umgestaltend eingreife, wo das Recht der Fortbildung bedarf. Hoffen und streben wir aber auch, daß frischer wissenschaftlicher Geist uns innewohne, um unserm Rechte fortwährend das Leben und die Kraft der Principien einzuflößen, wie dies einst die Römischen Juristen in ihrem damaligen Rechtszustande verstanden haben. —

Diese Vorbemerkungen werden genügen, um uns auf den Standpunkt zu stellen, dessen wir für die folgenden Untersuchungen bedürfen. Wir haben uns die gelehrten Studien zu vergegenwärtigen, welche man auf diese Lehre der **bon. poss.** gerichtet hat, und müssen untersuchen, wie sich diesen gegenüber das practische Rechtsleben verhielt. Es wird sich zeigen, daß in unserer Lehre die Theorie meistentheils so völlig entfernt von der Wirklichkeit sich bewegte, daß es in vielen Punkten gar nicht möglich war, auch wenn die Juristen danach strebten, eine Anwendung in der Praxis durchzuführen. — Wir haben ferner unser Augenmerk darauf zu richten, ob das Römische Recht durch neuere Rechtsgestaltungen umgebildet worden ist, und in dieser Hinsicht haben wir, da die Thätigkeit der Gesetzgeber hier sich

vergeblich suchen läßt, hauptsächlich dem aus dem practischen Bedürfniß von selbst sich entwickelnden Gewohnheitsrechte nachzuforschen.

Hiemit werden wir uns, da wir das System der **b. p.** unmöglich von den nahe liegenden Lehren der **hereditas** ablösen können, überhaupt ein Bild entwerfen, in welcher Weise die Hauptprincipien des Römischen Erbrechtes in neueren Zeiten und namentlich in Deutschland gemeinrechtliche Geltung erlangt haben. Freilich liegen diese Resultate des gemeinen Rechts schon theilweise wieder im Gebiete der Vergangenheit, indem bekanntlich große Theile Deutschlands sich durch besondere Gesetzgebungen aus dem Gebiete des gemeinen Rechts abgelöst haben, und es ist vorauszusehen, daß mit der Zeit die Länder des gemeinen Rechts überhaupt verschwinden werden. Nichtsdestoweniger werden wir in diesem Werke zu einem allgemeingültigen, nämlich negativen Endresultat gelangen. Die **bon. poss.** ist, wie wir sehen werden, nicht bloß erst in den neueren Gesetzgebungen, sondern auch schon im gemeinen Rechte ein unpractisches Institut geworden, sie erstreckt ihre Wirkungen nur noch mittelbar in die Gegenwart hinein. Ihr Leben ist bereits beendigt, und wird mithin, welcherlei Fortentwicklungen unseres Rechts nun auch vor uns liegen, davon jedenfalls nicht mehr afficirt. Die ganze Lehre ist für uns wichtig, und muß von uns studirt werden wegen der großen Rolle, die sie einst im Erbrecht gespielt hat, wegen des Zusammenhanges, in dem sie mit andern noch heutzutage geltenden Instituten einst gestanden hat, und endlich wegen der aus ihr selbst hervorgegangenen in der Gegenwart bestehenden Rechtsinstitute. —

Es bedarf aber, um zu dem angedeuteten negativen Resultate zu gelangen, in dieser Einleitung nothwendig noch der genaueren Feststellung der Principien, nach denen wir es zu beurtheilen haben, in welcher Weise dem Römischen Rechte und dessen einzelnen Instituten bei uns eine gemeinrechtliche Geltung zu Theil geworden ist. Man wird aus dem Verlauf der Darstellung ersehen, daß ich diese allgemeinere Entwickelung von der Geltung des Römischen Rechtes nicht entbehren

kann [4]), indem in dieser Hinsicht keineswegs eine solche Uebereinstimmung der Ansichten besteht, daß ich sie als etwas allgemein Bekanntes und Feststehendes vorauszusetzen vermögte. Umgekehrt aber kann ich auch nicht unterlassen zu bemerken, daß in der so vielfach besprochenen Frage von der Geltung des Römischen Rechtes unsere Literatur sich viel zu sehr mit solchen bloß allgemein gehaltenen Ausführungen, wie ich sie hier voraussstellen will, begnügt hat. Es muß die Geltung aller einzelnen Institute, sowohl der Römischen als auch dem gegenüber der deutschrechtlichen, genau untersucht werden, wenn wir den Gesammtcomplex des gemeinen Rechtes, auf dem doch auch die neueren Gesetzgebungen ruhen, und an den sich immer alle weitere einheitliche Fortbildung unseres Rechtes anknüpfen wird, vollkommen durchschauen wollen. Erst aus der Durchführung in den einzelnen Instituten läßt sich ersehen, ob die aufgestellten allgemeinen Principien die richtigen sind, und es läßt sich leicht nachweisen, daß viele Sätze, die wir bei neueren Schriftstellern lesen, für das eine Institut, an das man gerade dachte, richtig, für ein anderes, an das man nicht dachte, unrichtig sind, daß sie mithin in absoluter Allgemeinheit ausgesprochen als halbwahr d. h. als falsch erscheinen. Viel hat dabei auch eine gewisse unbestimmte Vorliebe mitgewirkt, die man von verschiedenen Seiten her entweder zu einem Römischen oder umgekehrt einem national Deutschen Institute mitbrachte. Und so ist es leider gekommen, daß unsere Juristen sich gleichsam in zwei Feldlager getheilt haben, und oft als Eroberer erscheinen, von denen die Einen dem Deutschen, die Anderen dem Römischen Rechte immer mehr Terrain unterwerfen mögten. Es ist die äußere Scheidung, die sich aus einer natürlichen Theilung der Arbeit und gewissen Vortheilen für die Erlernung des Rechts erklärt, zu einer inneren Entfremdung geworden. Als wenn wir nicht allesammt Deutsche Juristen wären, verpflichtet, lediglich das, was in dem Deutschen Rechtsbewußtsein wahrhaft besteht (sei es nun Deutschen oder Römischen Ursprungs),

4) Es wird unten sich zeigen, daß die falschen Ansichten über die Geltung der b. p. hauptsächlich auf allgemeinen Irrthümern über die Geltung des R. R. beruhen.

als geltendes Recht anzuerkennen, und unter ſich zu einem wohlgefügten Organismus zu verarbeiten [5])!

Einen großen Theil der Schuld tragen hiebei allerdings manche Bearbeiter des Römiſchen Rechts. Man hat vielfach Römiſche Inſtitute (und dahin gehört auch die **bon. poss.**) in Compendien und Abhandlungen ein Scheinleben fortführen laſſen, welches das deutſche Rechtsleben nie anerkannt hat, und worunter ſo leicht das wirklich vorhandene Deutſche Recht ganz unerkannt vergraben wird. Der Hauptgrund davon liegt darin, daß man die Geſchichte Römiſcher Rechtsinſtitute ſeit Juſtinian keineswegs von dem Standpunkte auffaßt, der ihr gebührt. Es giebt Viele, die ſie ganz vernachläſſigen, die da meinen, wenn nur ein Rechtsſatz bis Juſtinian hingeführt wäre, wenn ſich nur der kaiſerliche Wille für die Geltung irgend einer Beſtimmung nachweiſen laſſe, ſo ſei damit dem Studium Genüge geleiſtet, und jedes Reſultat eines ſolchen Studiums, ein etwa durch neue Interpretation einer Codex- oder Novellenſtelle ganz umgeſtalteter Rechtsſatz habe ſogleich auf Anwendung in der Praxis Anſpruch.

Wer ſo das Römiſche Recht handhabt, verfällt dem alten Irrthum, das **Corpus juris** als *Geſetzbuch*, Juſtinian als unſeren Geſetzgeber anzuſehen, ein Irrthum, der, ſo Viele ihn auch getheilt haben, dennoch dadurch nie zur Wahrheit geworden iſt. Das Römiſche Recht iſt bei uns *Gewohnheitsrecht*, *es gilt nur ſoweit unſer Rechtsleben die Inſtitute des* **Corpus juris** *recipirt und in eigenen Nutzen verwandt hat.*

Es giebt freilich Manche, die den erſten Theil dieſes Satzes zugeſtehen, aber wenn ſie auch die Geltung des R. R. auf Gewohnheitsrecht ſtützen, dennoch ungefähr auf daſſelbe Reſultat kommen, als Jene, die, weil ſie einmal ohne Geſetzbuch nicht leben zu können meinten, im **Corpus juris** einſtweilen ihr Bedürfniß befriedigt ſahen. Man findet vielfach in neueren Schriften den Ausdruck, das R. R. ſei bei uns Gewohnheitsrecht, aber es ſei *„als ein Ganzes“* recipirt, und eben daher habe ein neuer Rechtsſatz, der ſich im **Corp. jur.** nach-

5) ſ. d. Note 1. cit. Schrift. S. 25. ff.

weisen lasse, auch wenn er bisher noch nicht angewandt sei, dennoch vollen Anspruch auf Geltung.

Ich habe immer, wo ich diesen Ausdruck gebraucht sah, eine genaue Erklärung vermißt, was man darunter verstanden wissen wolle. Es giebt sogar Schriftsteller, denen man ziemlich genau nachweisen kann, daß sie auch nicht einmal sich selbst hierüber genügend klar geworden sind. Ich kann daher nicht umhin, in möglichster Kürze hier anzudeuten, wie man ihn, um die Wahrheit der Sache zu treffen, zu verstehen habe.

Es soll durch den Ausdruck jedenfalls das Extrem ausgeschlossen werden, daß wir nicht bloß einzelne Sätze des R. R. und zwar diese als lauter Specialitäten in unser Rechtsleben übertragen haben. Es ist klar, daß die Geltung des R. R. als gemeines Recht nicht so aufzufassen sei, als wenn man z. B. jetzt von Frankreich sagt, es gelte dort nach dem Code Napoleon noch viel Römisches Recht. Die Römischen Sätze gelten dort allerdings, aber in dem Zusammenhang, in der Gestalt, die ihnen der Code gegeben hat, ihr Geltungsgrund kann gar nicht mehr darauf zurückgeführt werden, daß sie ein Theil des Justinianeischen Rechts sind. In Deutschland dagegen erscheint nach dem Rechtszustande des gemeinen Rechts das Aufgenommensein eines Satzes in das **Corpus juris** als Grund für seine Geltung in der Praxis, und man sagt daher, um dies auszudrücken, mit Fug, das R. R. sei als ein im **Corp. jur.** zusammengefaßtes Ganzes recipirt.

Von der anderen Seite dient der Ausdruck auch noch dazu, um das entgegengesetzte Extrem abzuschneiden. Wir haben nicht alle Sätze des R. R., welche wir kennen, angenommen. Wer z. B. im Interdictenverfahren zur Zeit des **ordo judiciorum** eine Summarietät finden will, hat damit noch Nichts für das heutige Recht bewiesen. Es gilt bei uns weder das Vorjustinianeische noch das später im Griechischen Kaiserreich Bestimmte, es gilt das Römische Recht als ein von Justinian zusammengefaßtes Ganzes.

Aber damit ist die Sache noch nicht erklärt, denn Niemand wird behaupten wollen, daß Alles gilt, was im **Corp. jur.** steht. Man muß also noch andere Momente herzuziehen. Man sagt deßhalb, das R. R. gelte so, wie das Canonische

Recht, (das vielfach nur Germaniſche Rechtsanſichten ausſpricht), und die Gloſſatoren es anerkannten. Aber das Canoniſche Recht zählt nicht Alles auf, was vom R. R. practiſch oder unpractiſch ſein ſollte, wir wiſſen alſo damit doch noch nicht das geltende R. R.; und von der anderen Seite iſt der Satz: **quod non agnoscit glossa, nec agnoscit curia**, auf den man ſich rückſichtlich der Bedeutung der Gloſſe beruft, wieder nur negativ: es gilt *nicht*, was die Gloſſe ſchon für unpractiſch hielt, aber es gilt keineswegs Alles, was man damals gloſſirte. Und woher ſollte es auch kommen, daß wir hier der traurigen Stabilität huldigten, daß wir das Weſen des Rechtes nicht auch hier wieder erkennen ſollten, wonach die Rechtsinſtitute im Lauf der Jahrhunderte, nach dem Bedürfniſſe des Lebens, ſei es durch Geſetzgebung ſei es durch Gewohnheitsrecht, ſich fortbilden, Altes abſtreifend, Neues anſetzend, und dadurch gerade ihre ſtete Friſche bewahrend? Dies, was wir allenthalben finden, ſollte es nicht auch für die Rechtsinſtitute gelten, welche wir von den Römern kennen gelernt, und als *paſſende in unſeren* Beſitz herübergezogen haben?

Ich brauche dies wohl nicht weiter auszuführen, um den Satz zu beweiſen, daß wir, um die practiſche Geltung eines Römiſchen Rechtsinſtitutes zu rechtfertigen, uns wahrlich nicht bloß auf deſſen Aufnahme ins **Corpus juris** berufen dürfen, daß wir es durch den ganzen Lauf der Jahrhunderte zu verfolgen, und zu unterſuchen haben, ob die ſchaffende Kraft dieſer Jahrhunderte (welche dieſen, wenn ſie gleich bedeutender hätte ſein können, doch wahrlich nicht ganz abzuſprechen iſt) modificirend eingewirkt hat oder nicht.

Aber die eigentliche Schwierigkeit iſt auch hiermit noch nicht gelöſt. Wenn wir einen Rechtsſatz im **Corp. juris** finden, wenn wir im Allgemeinen ſehen, daß die Gloſſatoren ihn nicht für unpractiſch gehalten haben, wenden wir ihn dann ſo lange an, bis uns im Gegentheil bewieſen wird, daß das Deutſche Rechtsleben ihn modificirt oder aufgehoben habe? — oder aber wenden wir einen Satz des **Corp. juris** nur dann an, wenn wir ſelbſt vorher beweiſen können, daß ihn das Deutſche Rechtsleben ſtets befolgt und anerkannt habe; m. a.

W. spricht die Präsumtion für die Anwendung des Römisch-Justinianeischen Rechts oder nicht?

Das ist die eigentliche Cardinalfrage, von deren Beantwortung das Endresultat in so vielen Lehren, und auch in der unsrigen abhängt. Wir müssen sie scharf ins Auge fassen, und sicher zu beantworten suchen.

§. 173. Bei der Frage, ob das Justinianeische Recht die Präsumtion für sich habe, benutzt man zur Bejahung derselben den bekannten Satz, daß der, welcher sich darauf berufe, **fundatam intentionem** habe. Es scheint mir aber beim Gebrauche dieses Satzes zweierlei, was genau zu unterscheiden ist, sehr häufig verwechselt zu sein. Die Frage, ob ein Institut des Römischen Rechtes practisch anwendbar sei, theilt sich offenbar in zweie: ob dasselbe zu dem großen Complexe der Rechtslehren gehöre, welche die neuere Zeit überhaupt recipirt hat, während so viele andere Lehren, wie die Stipulation, die Pönalklagen, die Eigenthümlichkeiten der **stricti jur. obl.**, die Infamie, von vorn herein dem Deutschen Rechtsleben fremd geblieben sind. Sobald von einer Lehre dies zu bejahen ist, so fragt sich weiter, ob sie nun auch an jedem einzelnen Orte Deutschlands vom Richter anzuwenden sei. Beide Fragen gehören vor ganz verschiedene fora', sie werden nach ganz verschiedenen Regeln beantwortet.

Die letztere Frage wird damit erledigt, daß das Römische Recht gemeines Recht sei, d. h. wer sich darauf beruft, braucht dessen Gültigkeit an einem bestimmten Orte im Proceß nicht weiter darzuthun, sondern es wird befolgt, bis vom Gegner ein entgegenstehendes Particularrecht bewiesen wird [1]), und eben dies drückt man lateinisch so aus, er habe **fundata intentio**. Dieser Satz ist also nichts als eine Umschreibung und Erklärung dessen, was man unter dem Ausdruck gemeines Recht versteht. Aber mit dem Satz beweisen wollen, welche Lehren zum Complexe des gemeinen Rechtes gehören, und namentlich welche Lehren des Römischen Rechtes, wäre offenbar die gröbste **petitio principii**. Man hat freilich häufig diese Frage damit erledi-

1) Dies kann auch natürlich durch Berufung auf Notorietät geschehen.

gen wollen, daß man sagte, das Römische Recht sei gemeines, das national Deutsche Recht sei particuläres Recht. Aber beide Theile dieser Antwort sind gleich mangelhaft, und man sieht neuerdings vollkommen ein, daß man sich mit ihr nicht begnügen kann. Der zweite Theil des Satzes ist falsch. Denn es kann Niemand läugnen, daß es vieles eigenthümlich Deutsches Recht giebt, wie z. B. Erbverträge, die Auflösung der natürlichen Gewalt durch **separata oeconomia** und Heirath der Tochter, die Klagbarkeit der **nuda pacta** u. s. w., welche gerade so gemeines Recht sind, als das Römische [2]). Also es giebt auch Deutsches Recht, wobei der sich darauf Berufende **fundata intentio** hat. Ebenso ist aber auch die erste Hälfte jenes Satzes gleich unrichtig. Nicht alles Justinianeische Recht ist gemeines Recht. Es giebt von der einen Seite bekanntlich sehr viele Institute, die nie in Deutschland recipirt sind, es giebt von der anderen Seite mancherlei Sätze des R. R., die durchaus auf keine gemeinrechtliche Geltung Anspruch machen können, obgleich sie freilich als Particularrecht in manchen Districten bestehen [3]).

---

2) Wenn z. B. Wilda in der Zeitschr. f. d. R. II. Bd. ausführt, daß anstatt der Römischen Grundsätze über das Spiel, die die Compendien mit sich führen, von jeher eigenthümlich deutsche Regeln in Geltung gewesen sind, so ist doch kein Zweifel, daß wenn man überhaupt die Ansicht für wissenschaftlich richtig hält, das deutsche Recht nun gerade dieselbe gemeine Geltung hat, welche man bisher dem Römischen Rechtssatze beilegte. Es ist eben nur eine solche Veränderung, als wenn man aus den Quellen des Römischen Rechtes eine andere Ansicht beweist, als die bisher herrschend war.

3) Ich glaube man hat auf diesen Punkt bisher viel zu wenig Gewicht gelegt. Ich will nur ein Paar Beispiele anführen, welche das genauere Studium mancher Lehren sehr vermehren würde. Die Röm. Emphyteuse ist durchaus nicht für ein gemeinrechtlich gültiges Institut zu halten, wie Puchta mit Recht behauptet (Pand. §. 174.), während sie particularrechtlich allerdings besteht. Die don. propt. nupt. ist ebenfalls gemeinrechtlich nicht vorhanden, und wenn Fein (Collation S. 263. Note 157.) behauptet, sie gelte in Braunschweig, so kann das eben nur als Particularrecht aufgefaßt worden. Ein gleiches läßt sich vielleicht von dem Satze nemo pro parte testatus etc. erweisen. — Und wie kann uns überhaupt dies Wunder nehmen? Wenn ganz Deutschland durch Gewohnheitsrecht einen

Wie und von wem wird nun, das ist die Frage, der Beweis geliefert, welche einzelnen Lehren, sei es des Deutschen Rechts sei es des Römischen, zu der Gesammtheit des in Deutschland gültigen gemeinen Rechts zu zählen seien? Ein besonderer Beweis ist hier offenbar zu liefern, eine Präsumtion kann weder für das Deutsche noch das Römische Recht gefunden werden. Jener Satz von der **fundata intentio** enthält sie, wie wir gesehen haben, jedenfalls nicht, und alle die Versuche, die man sonst gemacht diese Präsumtion zu finden, sind nichts als verschleierte **petitiones principii.** Man beweist, daß das Röm. Recht als gemeines kaiserliches Recht, und zwar als ein Ganzes recipirt sei. Daß es als gemeines kais. Recht recipirt sei, läßt sich allerdings beweisen, und auch, daß es als ein Ganzes aufgenommen sei, sofern man diese Worte recht versteht. Das aber, was man darunter verstehen müßte, wenn man jene Präsumtion daraus ableiten wollte, wird nie bewiesen werden können. Das **Corpus juris** ist nie als Gesetzbuch in Deutschland publicirt worden; wäre diese Publication in irgend einem Reichsgesetz zu finden (was aber gar nicht der Fall ist), so wäre sie doch immer als nicht in Geltung getretenes Gesetz anzusehen, denn die Reception in den einzelnen deutschen Ländern ist dann doch zu sehr verschiedenen Zeiten und immer aus ganz anderen eigentlich entscheidenden Gründen erfolgt. Das **Corp. jur.** ist auch niemals, was Jedermann zugeben muß, durch Gewohnheit in allen seinen Theilen angenommen, was bleibt also übrig, als daß wir, da es feststeht, daß nicht alle Theile gelten, nun eben die Theile erforschen, welche wirklich Geltung haben sollen?

Es kann nicht zweifelhaft sein, wem diese Erforschung, dieser Beweis, was vom **Corp. jur.** gemeines Recht sei, obliegt. Die Theorie hat das **jus finitum** hinzustellen, das Recht, welches im einzelnen Fall anzuwenden ist, die Parteien im Proceß sollen sich soviel wie möglich nur auf den Beweis der Thatsachen, nicht der Rechtssätze einzulassen brauchen. So

gewissen großen Complex von Römischen Rechtsinstituten recipirt, ist es denn so unbegreiflich, daß wir in einem einzelnen Districte Deutschlands außer jenem großen Complexe noch einzelne Römische Institute überher recipirt finden?

wie sogar das Bestehen der particulären Rechte von der Wissenschaft so weit möglich festgestellt werden soll, so hat sie um so viel mehr den Beruf und die Pflicht, das gemeine Recht, dessen Erkenntnißquellen ihr so leicht zugänglich sind, vollständig zusammenzuordnen. Es ist doch eine sehr einfache Schlußfolgerung, daß, da die Wissenschaft bei jedem vorzutragenden Rechtssatze seine Entstehungsquelle, als Legitimation seiner Anwendbarkeit, zu prüfen hat, sie auch bei jedem Punkt, den sie als gemeines Röm. Recht vorträgt, diese Thätigkeit nie außer Acht lassen darf. Wenn sie nun aber zugiebt, daß das Röm. R. nicht publicirtes Gesetz, sondern Gewohnheitsrecht ist, und daß nicht alle Theile des Corp. jur. Gewohnheitsrecht sind, so muß offenbar bei jedem einzelnen Theile, den wir anwenden wollen, seine gewohnheitsrechtliche gemeine Geltung bewiesen werden.

Dies Princip wird bei der folgenden Darstellung der b. p. streng festgehalten werden, und es wird schon hier einleuchten, welchen Werth wir den Aussagen gar vieler Schriftsteller in unserer Lehre beizulegen haben, welche eine wo möglich allgemeine Anwendbarkeit derselben behaupten, aber mit nichts beweisen, als eben mit der allgemeinen Präsumtion, daß alles im Corp. Jur. Enthaltene practisch sei, sobald sich nicht eine entschiedene Aufhebung desselben darthun lasse. Ich muß hier nur noch einen Erklärungsgrund anfügen, wie es überhaupt gekommen ist, daß diese durch Nichts zu stützende Präsumtion bei so vielen Bearbeitern unserer und anderer Lehren des Röm. Rechts für das Richtige gehalten worden ist, daß sie auch noch heutzutage so vielfach vertheidigt wird. Es ist weniger, glaube ich, das Mühsame, Beschwerliche, oft Unerfreuliche der Arbeit, die Geschichte eines Rechtsinstituts seit Justinian zu verfolgen. Wir haben doch immer Gelehrte gehabt, welche vor solchen Hindernissen nicht zurückgebebt sind. Es ist vielmehr, außerdem daß man vom Gewohnheitsrecht und dem Charakter des Römischen als eines Gewohnheitsrechtes so unklare Vorstellungen hatte, noch ein anderer Umstand. Es giebt wirklich große Partieen des Röm. Rechts (im Sachenrecht, Obligationenrecht, auch im Erbrecht), deren Reception so auf der Hand liegt, deren Anwendbarkeit so außer allem Zweifel steht, daß

ein besonderer genauer historischer Beweis der Reception durchaus überflüssig ist. Wer giebt sich heutzutage in einem Geschichtsbuch noch die Mühe, weitläuftig urkundlich nachzuweisen, in welchem Jahr der Westphälische Frieden geschlossen ist, und wer hält es für nöthig, darzuthun, daß die Grundsätze der rei vindicatio bei uns practisch sind? Man konnte gar leicht dadurch verführt werden, auch andere in jene vielfach eingreifende Theile, wo umgekehrt die Unanwendbarkeit nicht klar auf der Hand lag, für geltendes Recht zu erklären, und gewiß ist dies bei der bon. poss., die so tief in viele entschieden practische Theile des Erbrechts eingreift, bei gar vielen Schriftstellern der unbewußte Veranlassungsgrund.

Aber wer sich einmal des wahren Sachverhaltes bewußt geworden ist, wird bei jedem Rechtssatze, den er ausspricht, sich Rechenschaft ablegen, ob er nach den über die Rechtsquellen bestehenden Principien Anspruch auf heutige Anwendung hat. Er wird auch häufig bei manchen Punkten, die äußerlich so unzweifelhaft zu sein scheinen, als jene Geltung der rei vindicatio, die Mühe der Untersuchung nicht scheuen, denn es ist gar häufig der Fall gewesen, daß manches nach dem äußeren Ansehen der Literatur scheinbar sehr blühende und kräftige Rechtsinstitut, in Wahrheit doch schon lange todt und begraben war, und von der Rechtswissenschaft nur noch als ein antiquirtes Institut in Betracht gezogen werden durfte.

Jedenfalls sieht man aus dem Gesagten, welchen Werth man der Geschichte eines Rechtsinstitutes seit Justinian beizumessen habe. Sie wird jetzt gewöhnlich die Literärgeschichte oder Dogmengeschichte genannt, aber, wie mir scheint, höchst einseitig und ihre volle Bedeutung gar nicht bezeichnend. Sie ist nicht bloß die Erforschung der über eine Lehre aufgestellten wissenschaftlichen Ansichten, welche dann eben nur den Werth hätte, daß der Schriftsteller, der alle seine Vorgänger kennt, besser ihre Fehler vermeiden und ihre Vorzüge sich aneignen kann. Wer sie so auffaßt, bei dem liegt doch immer der Gedanke im Hintergrunde, daß die Geschichte eines Rechtsinstitutes selbst mit Justinian eigentlich zu Ende ist, daß man nur noch von verschiedenen Ansichten über die Erklärung eines einmal festgestellten unveränderlichen Ganzen sprechen kann.

Aber dem ist nicht so. Die Geschichte eines Rechtsinstitutes, so weit die Römer selbst die Geschichte geleitet haben, ist freilich für uns mit Justinian zu Ende. Aber die neueren Völker haben die Römischen Institute recipirt und die Fortführung ihrer Geschichte übernommen. Man kann gar häufig sagen, daß ein Rechtsinstitut nach seiner inneren Natur auf die Vollendung in einem bestimmten Ziele hindrängt, zu dem es in ruhigem Gange hinzuführen die Pflicht jedes Zeitalters ist, das seine Aufgabe versteht. Die späteren Römischen Kaiser haben diese Pflicht bei gar vielen Instituten, die ihnen von den klassischen Juristen überliefert wurden, oft gar nicht, oft nur unvollkommen erfüllt. Die neueren Völker dagegen erfaßten die Röm. Rechtsinstitute wieder mit neuer Lebensfrische, und sie haben vielfach gethan, oft in fast unbewußter Weise, aber von gesundem practischen Sinn geleitet, — was (man kann das häufig mit ziemlicher Gewißheit sagen) schon bei den Römern geschehen sein würde, wenn die Fortbildung ihres Rechts länger noch unter der Leitung einsichtiger Juristen gestanden hätte.

Die **b. p.**, welche dazu aufgestellt war, das Römische Erbrecht zu erweitern und zu verfeinern, führt in sich den Beruf und das Ziel, sich mit der **hereditas** wieder zu einem einzigen Begriff des Erbrechts zu verschmelzen. Wir werden weiter prüfen, ob dies Ziel wirklich erreicht worden ist. Aber auf alle Fälle leuchtet doch das schon ein, daß hier von einer wahren *inneren Rechtsgeschichte*, nicht bloß von wissenschaftlichen Ansichten der Schriftsteller über ein stabiles Institut die Rede ist. Die Römischen Rechtsinstitute haben die Kraft gehabt, auch über das Römerreich hinaus fortzuleben, sich zu verändern und zu vervollkommnen, wir haben also die Pflicht, wie bei jeder anderen Rechtsgeschichte, zu verfolgen, wie dieses Fortbestehen durch die drei Organe der Rechtsbildung, die es überhaupt giebt: *Gesetz*, *Gewohnheitsrecht* und *Wissenschaft*, geleitet worden ist. Sollten wir dann finden, daß das Ziel, worauf ein Institut hindrängt, bisher noch nicht erreicht ist, so wird das uns zugleich eine Mahnung sein, daß wir dieses Ziel in bewußter Weise, also um so rascher, zu erreichen streben.

§. 174. Die aufgestellten Grundsätze über Behandlung eines Römischen Rechtsinstitutes mögen vielleicht zu manchem Widerspruch reizen, und ich muß hier darauf Verzicht leisten, sie wider die etwa vorzubringenden Gegengründe zu vertheidigen. Nur einem möglichen Einwurf muß ich hier noch begegnen.

Wenn ich die Forderung aufgestellt habe, daß von der Theorie bei jedem einzelnen Institute die Reception nachzuweisen ist, so könnte man daraus ableiten, daß das Römische Recht also doch als ein Aggregat vereinzelter Rechtssätze bei uns recipirt sei, was ich vorher selbst verneint habe. Man könnte meinen, daß nun die Reception jeder auch der speciellsten Rechtsbestimmung nachgewiesen werden müsse, und wo dies nicht möglich sei, auch von einer Anwendung derselben nicht die Rede sein könne.

Da dieser Beweis, wie jeder Kundige leicht einsehen wird, gar nicht immer möglich ist, so würde damit eine große Menge von Rechtssätzen aus dem Leben vertrieben werden müssen, deren Anwendbarkeit schon nach einem inneren Gefühl Niemandem zweifelhaft sein kann; es würde überhaupt die Anwendung des Römischen Rechts zu einer systemlosen unorganischen Benutzung einzelner Particularitäten herabsinken, wie sie nicht unerfreulicher gedacht werden könnte; und zu diesem Resultate führt auch das bisher Gesagte keineswegs.

Wenn man den Ausdruck, das Römische Recht sei als ein Ganzes recipirt, gebraucht, so meint man und zwar mit Recht, mehr, als daß man jene beiden oben angedeuteten Extreme dadurch ausschließen will. Ich habe vorher ausgeführt, daß unter diesem Mehr, was man damit bezeichnen will, nur nicht zu verstehen sei, daß wir in dem Corp. jur. ein Rechtsbuch zu finden hätten, für dessen einzelne Theile stets die Präsumtion der Anwendung spreche. Was man nun in der That darunter zu verstehen habe, wird sich durch Folgendes beweisen lassen.

Es giebt in jedem positiven Recht eine gewisse nicht unbedeutende Anzahl von Fundamentalsätzen, für die sich allerdings wohl ein Erklärungsgrund ihrer Einführung angeben

läßt, die sich aber nicht eigentlich juristisch an andere Sätze anknüpfen lassen. Sie stützen sich direct auf den Willen einer Autorität, welche die Befugniß hat, neues Recht zu erzeugen, oder sie gehen direct aus einer allgemeinen Volksanschauung hervor. Daß z. B. bei den Römern Testamente erlaubt waren, daß der **heres** als Universalsuccessor aufgefaßt wird, sind Fundamentalsätze, die gar nicht die juristische Folgerung aus irgend einem anderen Rechtssatze enthalten. Dem stehen andere Rechtssätze gegenüber, welche sich alsbald als Folgerungen und consequente Fortentwicklungen darstellen, welche, damit das Recht seine gehörige Entfaltung erhalte, aus irgend einem Fundamentalsatze oder aus einem selbst schon wieder gefolgerten Satze gezogen worden sind. Es ist von der größten Wichtigkeit, sich bei jeder Rechtsregel klar zu machen, ob sie eine solche direct auf den Willen des rechtserzeugenden Organs sich stützende, oder ob sie ein Glied einer etwa länger sich fortziehenden Kette von Schlußfolgerungen ist; und ein Satz letzterer Art verliert dadurch seine Natur nicht, daß er direct in einem Gesetze zuerst ausgesprochen ist, denn derjenige Gesetzgeber ist gerade der beste, der darauf sieht, daß, was er ausspricht, in consequentem Zusammenhange mit anderen schon bestehenden Rechtssätzen stehe. Die meisten Sätze z. B. der **act. fam. herc.** und der **her. pet.** sind Folgerungen aus dem Begriff des Erbeseins, indem die Universalsuccession nach allen Seiten hin auch in den Klagen repräsentirt, und geschützt erscheinen muß, und es ändert hieran nichts, daß z. B. Manches für die **her. pet.** erst durch das s. g. **Sc. Juventianum** ausgesprochen wurde. — Auf der Scheidung dieser beiden Klassen ruht die eigentliche juristische Kunst, das s. g. Rechnen mit Begriffen. Denn der Jurist muß wissen, wo er nach juristischen Gründen zu fragen hat, und er muß bis zu den Sätzen durchdringen, die keinen anderen Grund haben, als direct die Volksanschauung oder den gesetzgeberischen Willen. Mich will bedünken, daß manche große Streitigkeiten, wie z. B. über den Grund des Satzes **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest**, unterblieben wären, wenn man sich dabei klar gemacht hätte, daß hier kein juristischer Folgesatz vorliegt, bei denen

deßhalb auch die Römischen Juristen sich damit begnügen, sie auf eine natürliche Anschauung [1]) zurückzuführen.

Dieser Unterschied ist nun auch für die Frage über die Reception Römischer Rechtssätze bedeutend. Wir haben nach den Fundamentalsätzen zu suchen. Ist ein solcher in Deutschland anerkannt, so gelten auch seine Folgerungen. Und zwar ist nun dies nicht bloß so zu verstehen, als wenn nur das gelte, was nach logischer Nothwendigkeit aus einem Rechtssatze unmittelbar folgt. Das zu entwickeln, steht uns Juristen schon ohne das zu, wir brauchten es nicht noch auf das Römische Recht zu stützen. Es ist hier von Folgerungen in einem weiteren Sinn die Rede. Das Recht und die Fortbildung des Rechtes ist wegen der Verschiedenheit der menschlichen Verhältnisse vielgestaltig, man kann von einem und demselben Grundgedanken ausgehen, und ihn ganz consequent auf völlig verschiedenen Wegen zu ganz verschiedenem Ziele durchführen. Ein anderes Volk könnte z. B. ganz denselben Grundbegriff des Erbeseins haben, könnte ihn mit gleicher Consequenz und Sicherheit, wie die Römer es gethan haben, durch alle Theile des Erbrechts durchführen, und es könnte doch ein durchaus anderes Erbrecht, als das Römische, das Resultat sein. Wir haben nun aber diesen Römischen Begriff des Erbeseins nicht als Einzelnen, sondern gerade so recipirt, wie die Römer ihn durchgeführt haben, d. h. nicht bloß mit dem, was direct logische Consequenz desselben ist, sondern mit allen Gestaltungen, die ihm Römische Gesetze, Prätorisches und Juristenrecht aufgeprägt haben.

Und das ist eben das Gute an der Reception des Römischen Rechts. Ein einzelnes Rechtsprincip hat an und für sich wenig Werth, aber es hat sich nach den vielfachen Beziehungen des Lebens in eine oft große Menge einzelner Rechtsregeln zu zerspalten; und hier kommt es auf eine consequente harmonische Durchführung des Princips an, es muß in allen den speciellen Rechtssätzen, die auf ihm ruhen, der naturgemäße Baum zu erkennen sein, dessen Zweige und Blätter insgesammt aus einer und derselben Wurzel Nahrung und Leben

1) „quorum naturaliter inter se pugna est.“

erhalten. Weil die Römer es verſtanden haben, ſo vielen ihrer Rechtsinſtitute einen ſolchen organiſchen Zuſammenhang zu geben, konnten neuere Völker überhaupt darauf geführt werden, dieſe Rechtsinſtitute, ſobald ſie überhaupt mit der neueren Zeit vereinbar waren, bei ſich einheimiſch werden zu laſſen, indem ſie dadurch in den Beſitz eines wiſſenſchaftlich und conſequent ausgebildeten Rechtes gelangten, zu dem die einheimiſchen Inſtitute ſich noch nicht emporgeſchwungen hatten. Gerade weil dies der Hauptgrund der Aufnahme des Römiſchen Rechts war, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Inſtitute, die man überhaupt recipirte, als Ganze aufgenommen wurden, daß nicht bloß etwa die Grundlagen, ſondern das ganze Gebäude, als **solo cohaerens**, Eingang fand, ohne welches eben die nackte **area** wenig Wohnlichkeit dargeboten haben würde. In dieſer Hinſicht muß man allerdings ſagen, daß das Römiſche Recht, d. h. der Inbegriff aller überhaupt anwendbaren Inſtitute des **Corp. jur.** als ein Ganzes recipirt wurde, und ſo braucht alſo, um bei obigem Beiſpiele zu bleiben, wenn einmal feſtſteht, daß der Römiſche Begriff des Erbeſeins bei uns feſtſteht, nicht noch beſonders bewieſen zu werden, daß auch dasjenige gilt, was die Römer für die Erbrechtsklagen, für das Verhältniß der Miterben, für die Stellung des Erben zu den Legataren, (obgleich das Alles gar nicht immer das Ergebniß logiſcher Nothwendigkeit iſt) daraus abgeleitet haben. Alles was im Gebiete ſolcher Inſtitute durch unſer Studium auch ganz neu aus dem **Corp. jur.** entwickelt wird, darf als gemeinrechtlich geltend angenommen werden, und wo innerhalb ſolcher Inſtitute ein einzelner Folgeſatz unpractiſch ſein ſoll, da muß nun erſt eine ſpeciell entgegenſtehende Deutſche Rechtsanſicht nachgewieſen werden [2]).

Mir ſcheint es ziemlich leicht erſichtlich, daß man gerade dieſe Geltung des Römiſchen Rechts mit jenem ſo viel gebrauchten Ausdruck der „geſchriebenen kaiſerlichen Rechte“ bezeichnet hat. Das Geſchriebenſein der Römiſchen Rechtsinſtitute war das äußerlich hervorſtechende Kennzeichen, ihr innerer

2) So z. B. erkennt man in Baſel, obgleich man den Röm. Begriff des Erbeſeins durchaus recipirt hat, doch den Satz von dem ipso jure Getheiltſein der Forderungen unter mehren Erben nicht an.

Werth, ihre wissenschaftliche Ausbildung wäre ohne dies Geschriebensein nicht denkbar, und ebendeßhalb bezeichnete man sie, da man die Institute in dieser ganzen Ausbildung und Ausdehnung annahm, nach ihrer äußeren Erscheinung. Es ist erst ein Irrthum der das Römische Recht bearbeitenden Juristen, daß **jus scriptum** gleichbedeutend sei mit Gesetzesrecht [3]), und dieser Irrthum ist so verderblich gewesen, weil er den richtigen Standpunkt bei Beurtheilung der Geltung des Römischen Rechts so vielfach verwischt hat.

Dies sind die Grundsätze, welche ich vorausschicken mußte, ehe ich auf den in diesem Buche zu untersuchenden Gegenstand selbst eingehen konnte. Wir werden sehen, daß die meisten Fragen über die Reception und heutige Geltung der **bonorum possessio** von den eben entwickelten Principien direct abhängen, und, sobald man über diese nur in Klarheit ist, sich sehr einfach, kurz, und sicher beantworten lassen.

---

3) Ein Irrthum, der sich leider noch bis in die neueste Zeit hineinzieht. s. z. B. Gerber das wissenschaftl. Princip des gem. Deutsch. R. (1846) S. 144. 157.

Erstes Kapitel.

Geltung des Prätorischen Erbsystems in der neueren Zeit.

§. 175. Wenn wir untersuchen wollen, wie das Prätorische Erbsystem in der neueren Zeit recipirt sei, ob man das Justinianeische Recht unverändert oder mit wesentlichen Modificationen anerkannt habe, so müssen wir vor Allem die Quellen kennen, aus denen wir zu schöpfen haben. Bekanntlich ist nun bei allen vor uns liegenden Fragen von Gesetzen, die hier eingegriffen hätten, nicht die Rede. Im **Corpus juris canonici**, und in den Deutschen Reichsgesetzen findet sich Nichts die **bonorum possessio** Betreffendes. Eine directe gesetzliche Aufhebung des Justinianeischen Rechtes also liegt nicht vor, und alle Fragen über die Aufnahme oder Veränderung des Römischen Rechtes reduciren sich auf das Gewohnheitsrecht.

Zur Erforschung dieses Gewohnheitsrechtes nun dienen uns verschiedene Hülfsmittel. Einestheils kann uns dafür das **Corpus juris canonici** wenigstens in der Hinsicht von Wichtigkeit sein, daß, wenn auch darin gar nicht von **bon. poss.** die Rede ist, oder besser: weil dies nicht der Fall ist, wir vielleicht auf Punkte stoßen können, wo sie erwähnt sein würde, falls man sie damals nicht für unpractisch ansah. Wir werden nachher sehen, in wie weit solcher Art das Canonische Recht

in der That ein Zeugniß für das damals feststehende Gewohnheitsrecht abgiebt.

Ein anderes weit wichtigeres Hülfsmittel sind uns die einzelnen Stadt- und Landrechte Italiens und Deutschlands, insofern wir darin das Erbrecht und gerade das Römische verarbeitet finden. Wenn wir darin gleichmäßig namentlich in Beziehung auf die Antretungsformen und die Fristen nur die civilrechtlichen Bestimmungen des **Corpus juris** anerkannt sehen, wenn wir sogar directen Hindeutungen auf die Unanwendbarkeit des Prätorischen Rechts begegnen, so ist dies für die Constatirung des allgemeinen Rechtsbewußtseins, das zu erforschen unser Zweck ist, von der unmittelbarsten Beweiskraft.

Außerdem sind das ergiebigste Hülfsmittel, dem wir daher unsere ganz vorzügliche Aufmerksamkeit zuwenden müssen, ohne alle Frage die Schriften der Juristen aus allen den Jahrhunderten, welche die Justinianeische Zeit von der Gegenwart trennen. In einer doppelten Hinsicht, welche wir genau von einander zu trennen haben, ist ihr Inhalt von uns in Betracht zu ziehen.

Wir haben nämlich einestheils die rein wissenschaftlichen Ansichten daraus kennen zu lernen, welche über die **bonorum possessio** in dieser Reihe von Jahrhunderten geherrscht haben, d. h. also Alles, was zur Erklärung des Römischen Rechtes von den Bearbeitern desselben geleistet worden ist; m. a. W. die wahre Literärgeschichte der **bon. poss.**

Anderntheils aber haben wir auch sorgfältig den practischen unsere Lehre betreffenden Bemerkungen der Schriftsteller nachzuspüren, d. h. also Allem, was sich in Beziehung auf die Anwendung der **bonorum possessio** im neueren Rechtsleben in unserer Literatur findet. In dieser Hinsicht ist sie uns der Zeuge, und gerade der wichtigste Zeuge für das unsere Lehre betreffende Gewohnheitsrecht.

Wer mit der vor uns liegenden Literatur auch nur wenig bekannt ist, wird keinen Augenblick darüber zweifeln, welche von diesen beiden Ausbeuten, die sie uns darbietet, die wichtigere genannt werden müsse. Ich habe dies bereits in der Einleitung zum ersten Bande S. **XXI—XXIII.** genügend hervorgehoben. Die wissenschaftlichen Leistungen, welche zur

Erklärung des Römischen Rechtes dienen sollen, sind gerade in unserer Lehre außerordentlich unbedeutend und für uns wenig lehrreich. Sie stehen mit dem, was uns in vielen anderen Theilen des Römischen Rechtes von der Literatur dargeboten wird, in gar keinem Verhältniß. Proben zur Bekräftigung dieses Urtheils werden wir in der Folge genug kennen lernen, und daß dem so sei, kann uns auch gar nicht wundern. Wenn irgend eine Lehre, um überhaupt verstanden zu werden, weitläuftiger historischer Untersuchungen bedarf, so ist es die unsrige. Das vorliegende Werk beweist dies wohl zur Genüge, wenn es überhaupt noch des Beweises bedürfte. Zu den nöthigen historischen Untersuchungen aber fehlte es den verflossenen Jahrhunderten theils an Lust und Geist theils an Hülfsquellen, und so brauchen wir, neben dem wenigen Guten, das sich allerdings findet, uns weder zu wundern noch zu ärgern über all' den Unsinn, der sich hier aus dem Staube alter Bücher herausfuchen läßt.

Die andere Ausbeute dagegen, die Erkenntniß des practischen Rechtes, macht das Studium der über die **bon. poss.** vorhandenen Literatur wahrhaft lohnend. Wir müssen aber freilich, wenn wir hierbei sicheren Schrittes gehen wollen, die Aeußerungen der Schriftsteller über die Anwendbarkeit der Lehre mit kritischer Sorgfalt ins Auge fassen. Wir können nämlich vielfach dabei ganz zweifellos erkennen, daß dieselben lediglich auf der Ansicht ruhen, alles Justinianeische Recht sei von selbst auch practisch, ja noch mehr, es kommt sehr oft vor, daß der Schriftsteller sich ganz auf den Standpunkt Justinians versetzt, und von practischem Rechte nur im Gegensatze zum vorjustinianeischen spricht. Alles dies beruht also gar nicht auf einer Kenntniß und Anschauung des Rechtslebens, die Zeit, in welcher der Schriftsteller selbst lebte, ist dabei ganz ignorirt, es hat also für uns gar keine Beweiskraft.

Wir können vielmehr zur Constatirung des uns interessirenden Gewohnheitsrechtes nur diejenigen Angaben brauchen, worin wir eine entschiedene Berücksichtigung des neueren Rechtslebens erkennen. Dahin gehört natürlich einestheils Alles, was als dem Justinianeischen Rechte widersprechend und als geltendes Recht gelehrt wird. Anderntheils aber, wenn es sich umgekehrt

um die Anerkennung des Justinianeischen Rechtes handelt, so müssen wir verlangen, daß die Aeußerung des Schriftstellers nicht lediglich auf die irrthümliche Präsumtion, alles im **Corp. jur.** Stehende sei von selbst auch practisch, sich stütze, sondern wir bedürfen solcher Zeugnisse, welche sich auf entschiedene gewohnheitsrechtliche Reception des Justinianeischen Rechtes berufen. Aber auch hiemit können wir noch nicht zufrieden sein. Wir dürfen natürlich nicht gleich auf Treu und Glauben hinnehmen, was irgend ein beliebiger Scribent als recipirtes oder umgestaltetes Römisches Recht vorträgt, sondern wir haben stets, was sich von selbst versteht, nach der Stellung, dem Ansehen, der Zahl der Schriftsteller zu prüfen, ob das, was sie lehren, Glauben verdient, ob es aus einer wahren lebendigen Erkenntniß des Rechtslebens hervorgegangen sei.

Ehe wir nunmehr die Untersuchung selbst beginnen, bedarf es nur noch der kurzen Uebersicht, in welche Theile dieselbe zerfällt, und zu diesem Zwecke muß ich gleich hier einen Hauptpunkt erwähnen, dessen Beweis ich später liefern werde. Es ist nämlich durch ein ganz entschiedenes Gewohnheitsrecht von der Glossatorenzeit her das **Int. quor. bon.** im Verein mit der **missio Hadriana** zu einem possessorischen Rechtsmittel geworden, welches nicht mehr bloß dem **bonorum possessor**, sondern jedem **heres** zusteht, welches also mit anderen Worten von den prätorischen Antretungsformen und Fristen, und überhaupt von allen Regeln des **successorium edictum** befreit worden ist. Dadurch aber hat sich das Interdict aus der übrigen Lehre von der **bonorum possessio** ganz ausgeschieden, und steht mit der Frage, in welchem Umfange diese letztere recipirt sei, in gar keinem Zusammenhange mehr. Das Interdict und die **missio** ist jetzt eine eigene selbständige Lehre, von der Verleihung des Erbschaftsbesitzes vor definitiver Feststellung des Erbrechts durch die **her. petitio**, geworden. Hiedurch war die Anordnung unseres Stoffes in zwei Kapitel von selbst bedingt. Das erste handelt von der Reception des ganzen Systems der **bon. poss.** eben mit Ausschluß des ihr ganz entfremdeten Interdictes. Das zweite kann dann nicht lediglich

mehr dieses Interdict, sondern es muß mit erweiterter Gränze überhaupt das umfassen, was sich im heutigen Recht auf die possessorische Erbschaftsregulirung bezieht, wobei die Grundsätze des Interdictes und der **missio Hadriana** einen untrennbaren inneren Zusammenhang darbieten. — Jenes erste Kapitel aber, in dessen Eingange wir hier stehen, zerfällt nach dem Charakter der vor uns liegenden Literatur [1]) in mehre Perioden: die Zeit vom Anfange der Literatur bis zum Ende der Glossatoren; sodann das vierzehnte und funfzehnte Jahrhundert, in welchen unsere Lehre durch scholiastischen Schwulst bis zur Unkenntlichkeit entstellt wurde; drittens das Wiederaufleben gesunderen Sinnes seit Alciat, Zasius, Cujacius, bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts; endlich die neuste hauptsächlich auf historische Untersuchung der **bon. poss.** gerichtete Zeit.

I. Die Glossatoren und ihre Vorgänger.

1. Die Turiner Glosse Nr. 315.—330. (Savigny Gesch. d. R. R. im M. A. II. S. 459—461).
2. Petri Exceptiones l. c. 6—27. (Savigny a. a. O. S. 323 ff.).
3. Summa novellarum constitutionum (Brachylogus) II. Tit. 35.
4. Summa des Rogerius zum Codex. (Ein Bruchstück davon bei Savigny a. a. O. IV. S. 436. ad tit. Quor. bon.).
5. Summa des Placentinus zum Codex. (Moguntiae 1536) ad tit. qui admitti. etc.
6. Summa des Azo zum Codex (Venet. apud Franc. Bindanum. 1566.) ad tit. qui admitti. etc.
7. Summa des Hugolinus zu den Digesten (in der Ausgabe des Azo mit abgedruckt. s. darüber Savigny a. a. O V. S. 51).

---

1) Es wird gewiß Niemand erwarten, daß ich im Folgenden alle Bücher citire, in denen von bon. possessio die Rede ist, ich würde dann jedes Institutionen- und Pandekten-Lehrbuch anführen müssen, wenn gleich das darin Gesagte völlig unbedeutend und zum hundertstenmale wiederholt ist. Ich führe nur dasjenige an, was mir nöthig schien, um dem Leser die volle Anschauung von dem zu geben, was die Literatur in unserer Lehre beschäftigt hat. Eine ansehnliche Zahl von Büchern dagegen, die mir durch die Hände gegangen ist, hat mich nicht gereizt, auch den Leser damit zu behelligen. — In der Regel werde ich bei den in der Folge zu citirenden Büchern die Ausgaben bemerken, welche ich in der Hand gehabt habe.

8. Die Gloſſe des Accurſius zum Tit. Inst. de bon. poss. Dig. lib. 37. 38. Cod. ad tit. qui admitti. etc.
9) Die Casus des Vivianus zum Infortiatum lib. 37. u. 38. (in der gloſſirten Ausgabe von Fehius. Lugduni. 1627. mit abgedruckt). 1).

§. 176. A. Literärgeſchichte. Die Gloſſatoren gaben ſich noch viel zu ſehr mit der Interpretation der einzelnen Stellen ab, als daß ſie daran hätten denken können, viel Allgemeines, die ganze Lehre der **b. p.** Umfaſſendes, zu ſagen. Mehr ſchon findet ſich dies bei Vivianus. — Folgendes iſt in kurzem Abriß, was man damals über das ganze Inſtitut lehrte; ich lege dabei hauptſächlich Azo's Summa zum Grunde:

Die **b. p.** iſt **emendandi jur. civ. gratia** vom Prätor eingeführt, theils um die Inteſtatklaſſen zu vermehren, theils um **sec. tab.** den **postumus alienus** zu rufen. Sie wurde dann aber auch noch **corrigendi** und **confirmandi j. c. gr.** gegeben 2). Sie iſt überhaupt das **jus retinendi persequendique patrimonii etc.** (**fr. 3. de b. p.**), nur muß man zu dieſer Ulpianſchen Definition noch hinzuſetzen: **praetorium.** Sie ertheilt die **commoda et incommoda,** und das **dominium,** aber nur das **utile dominium.** Man muß ſie als ein **jus propter quod persequimur, non quo persequimur** auffaſſen 3), d. h. die **bon. poss.** iſt keine Klage wie die **her. pet. possessoria,** ſondern ſie iſt der Grund eben dieſe Letztere anſtellen zu können. Man darf übrigens nicht ſagen **possessio bonorum,** ſondern nur **bon. poss.**

Die **b. p.** hat danach große Aehnlichkeit mit der **hereditas.** Beide ertheilen die **commoda et incommoda,** ja ſie finden auch bei einem inſolventen Vermögen Statt. Dagegen iſt die **differentia,** daß jene ſich auf die **auctoritas juris Praetorii** ſtützt, und die Agnition derſelben die **praesentia judicis** vorausſetzt, während die **hereditas auctoritate juris civilis nititur, nec desiderat aditio hereditatis auctoritatem judicis viventis.** Nach dieſer Ertheilung durch den Richter iſt nun

1) Wenngleich Vivianus nicht mehr zu den Gloſſatoren gehört, ſo iſt es doch paſſend, ihn noch an dieſe anzuknüpfen.
2) Gl. ad pr. l. de b. p.
3) Gl. ad fr. 3. de b. p. Azo ad tit. qui admitti.

die **b. p.** entweder eine **edictalis** oder **decretalis**. Jene iſt die **quae ex edicto Praetoris mortui decernitur**, d. h. welche in dem Edicte des Prätors, der ſchon geſtorben ſein kann, verſprochen iſt, die **decretalis** dagegen, **quae a vivo praetore decernitur**. In Folge des Conſtantiniſchen Geſetzes aber iſt alle **b. p.** nur **judicialis** d. h. es wird ohne weitere Formalitäten die **praesentia judicis** bei der Agnition erfordert [4]). Uebrigens war hier noch Streit, ob dadurch die **decretalis** ganz mit der **edictalis** ausgeglichen ſei, oder das Decret, nur mit Weglaſſung der alten Formalitäten, beſtehen geblieben ſei [5]). Wenn man nun **b. p.** agnoscire, und dabei gleich ſeine Berechtigung nachweiſe, in Folge deſſen der Prätor ein **decretum** ertheilt habe, ſo ſei damit doch nicht ausgeſchloſſen, daß ein Gegner hinterher das Unbegründetſein der Berechtigung darthue: **quia sub hac conditione videtur Praetor dedisse**, z. B. **si filius est** [6]). Deßhalb war man geneigt anzunehmen, daß in der Regel auch der **adversarius** zur Agnition zu rufen ſei, freilich ohne wahre **forma judicii**, und ohne auch Ausnahmen läugnen zu können [7]).

Die **bon. poss.** zerfalle nun, ſagte man, in zwei Haupttheile:

1. Die **ordinaria**. Deren gebe es ſechs: Die **contra tabulas** und **secundum tab.**, welche beide **ex testamento** ſind. Die **c. t.** ſei **ex testamento, quia non habet locum nisi facto testamento** [8]). Sie ſtehe den **emancipati** zu, aber auch den **sui**, obgleich dieſe ſchon nach Civilrecht in Folge der

4) Azo a. a. O. Vivianus ad Rubr. D. de b. p. Es war auch Streit, ob die b. p. invito et ignoranti erworben werde. Johannes meinte auch bei der edictalis ſei dies nicht der Fall „sed veluti pomum offerri.“ ſ. Gl. ad fr. 3. §. 3. de b. p.

5) Gl. ad l. 7. C. de curat. fur. — Hodie vero per Constantinum utraque solennitas est sublata, et sine petitione hereditatis: dummodo coram judice dicebat, se velle bonorum possessorem esse, nec est opus eam decerni. Quidam tamen dicunt per Constantinum solam solennitatem petendi sublatam, non decretalem.

6) Gl. ad fr. 3. §. 2. de b. p.

7) Gl. ad fr. 3. §. 8. de b. p.

8) Gl. ad l. 5. C. unde legit.

Präterition das Teſtament vernichteten [9]). Die **sec. tab.** treffe in der Regel mit dem Civilrecht zuſammen (d. h. ſie ſei nur **utilis**), in einzelnen Fällen aber gewähre ſie ganz eigenthümliches Recht, weßhalb hier der Berufene, wenn er überhaupt ſuccediren wolle, die **b. p.** nothwendig agnosciren müſſe (**b. p. necessaria**). Es ſeien dies drei Fälle: das **test. ruptum** durch einen vor dem Teſtator geſtorbenen **postumus**, das **test. irritum factum** durch **cap. dim.**, ſobald der Erblaſſer nur **mortis tempore** wieder **sui jur.** war; und die Einſetzung unter einer Bedingung [10]). — Außer dieſen beiden **b. possessiones ex testamento** gebe es noch vier **ab intestato**, die **b. p. unde liberi** (welche übrigens **utiliter** auch den Eltern nach Analogie des Patrons gegen die Kinder als **b. p. unde parentes** gegeben werde [11])), die **b. p. unde legitimi**, welche den Agnaten bis zum zehnten Grade zuſtehe [12]), die **b. p. unde cognati** und **vir et uxor**. Die letztere ſei **necessaria**, die übrigen **b. possessiones ab intestato** nur **utiles**.

2. Die **extraordinaria**. Dieſe (nach Azo) zerfällt wieder in zwei Klaſſen: erſtens die **b. p.**, welche **non est stabilita certa parte edicti, sed ut vaga** (die **b. p. ex legibus**, z. B. aus der **lex Cornelia**), zweitens die **b. p.**, welche **jus non tribuunt in proprietate, sed in possessione tantum** [13]), nämlich die **b. p. Carboniana, ventris nomine**, und die **quae datur gratia agnoscendae litis**. Dieſe **extraordinariae, quae jus non tribuunt**, werden ohne **causae cognitio** und Decret gegeben, während die **quae jus tribuunt** deſſen bedürfen [14]).

---

9) Gl. ad §. 3. I. de b. p. — Sed quare datur suis contra tabulas, quum ipso jure nullum sit testamentum? Responde: duas habet vias, unam de jure civili, per quam potest dicere nullum; aliam de jure praetorio, per quam non dicit nullum sed anullandum; quum non fieri, nec desinere possit heres de jure praetorio. ſ. auch oben §. 72. Note 2.

10) Gl. ad l. 5. C. unde legit.

11) Gl. ad l. 3. C. unde liberi. (Placent).

12) Gl. ad l. 5. C. unde legit. Man ſchloß dies aus §. 5. I. de successione cogn.

13) ſ. auch Gl. ad l. 5. C. unde legit.

14) Azo a. a. O. Gl. ad fr. 1. de b. p.

Ich brauche nicht auszuführen, wie mancherlei einzelne Fehler in diesen hier zusammengestellten Sätzen enthalten sind. Mehr noch ist hervorzuheben, wie wenig damit das ganze Wesen und System der **b. p.** klar gemacht wird, wie trocken und unfruchtbar für ein wahres Verständniß des Erbrechts alle diese Bemerkungen aneinander gereiht sind. Und doch ist es noch vortrefflich im Vergleich zu dem, was die folgenden Jahrhunderte der nächsten Periode aus unserer Lehre machten. —

§. 177. **B. Zeugnisse über das practische Recht.** Wenn man die Schriften der Glossatoren nur oberflächlich überblickt, so könnte man leicht zu dem Glauben veranlaßt werden, daß darin sehr zahlreiche Bemerkungen über das aus der **b. p.** Anwendbare enthalten wären. Es kommt der Ausdruck **hodie** außerordentlich häufig vor, und es wird ganz genau angegeben, welche einzelnen Theile der **b. p. hodie necessariae**, und welche bloß **utiles** seien [1]).

Indessen sobald man genauer zusieht, so kann man, wie mich dünkt, gar nicht zweifelhaft sein, was dies **hodie** zu bedeuten habe. Es lassen sich eine Menge von Stellen anführen, woraus es ganz entschieden hervorgeht, daß das **olim** auf vorjustinianeisches Recht deutet, während das **hodie** das neuste Justinianeische bezeichnet. Diese Terminologie findet sich auch in der folgenden Periode noch ganz feststehend. Die Glossatoren waren insgesammt der Ansicht, daß unter Justinian nach dem Constantinischen Gesetz die formlosere Agnition der **b. p.** anerkannt worden sei, im Uebrigen das Prätorische Erbrecht fortwährend ein geschlossenes System bilde, wonach die **b. p. utilis** sei, wenn der Berufene zugleich das Civilrecht für sich habe, **necessaria** dagegen, wenn er bloß vom Prätor seine Berechtigung erhalte. Diese Ansicht (deren Unrichtigkeit übrigens im vierten Buche nachgewiesen ist) trifft aber gar nicht das, wovon wir hier sprechen. Wir fragen, ob damals, wo die Theorie so entschieden die **b. p.** als der **hereditas ge-**

1) s. z. B. Gl. ad l. ult. C. unde legit. — Et dic quod **hodie** sunt sex ordinariae, septima extraordinaria. — Sed **olim** aliae plures erant insertae, praeter has septem; sunt tres etiam **hodie** etc. — — In his tribus etiam **hodie** est necessaria.

ſchloſſen gegenüberſtehend auffaßte, dies auch im practiſchen Rechtsleben Italiens, worin doch das Römiſche Erbrecht unzweifelhaften Eingang fand, Statt gefunden habe? Dafür aber ſind jene Stellen, worin bloß von dem neueſten Römiſchen Recht mit dem Ausdrucke **hodie** die Rede iſt, noch ganz unbeweiſend [2]).

Ganz anders aber ſcheint eine ſehr derbe Aeußerung Azo's in ſeiner Summa zum Codex aufgefaßt werden zu müſſen. Er ſagt darin, **ad tit. unde legit.: erubescant, qui dicunt, hodie non habere locum bonorum possessiones**, woraus man ſchließen könnte, daß damals über die practiſche Anwendbarkeit unſerer Lehre Streit geführt worden ſei. Allein auch dieſe Stelle beweiſt gar nichts, wie wir aus der Art ſehen, in der Azo fortfährt. Er ſetzt hinzu: „denn es ſei noch die **sec. tab.** in gewiſſen Fällen, ferner die **c. tab. necessaria.** Von den **ab intestato bonorum possessiones** aber ſeien nur die erſten drei Klaſſen **utiles.**“ Azo ſpricht alſo offenbar von dem Streite, den auch die erſte in Note 2. citirte Stelle erwähnt, ob nämlich **per nova jura** d. h. durch die Novelle 118. die **b. p.** aufgehoben ſei. Die bejahende Antwort finden wir noch im Brachylogus [3]), und gegen eine ſolche Anſicht konnte allerdings Azo ſagen, man müſſe erröthen, ſie zu theilen.

---

2) In der Note 1. angeführten Gloſſe kommen folgende Worte vor: Tertio nota, an sint sublatae bonorum possessiones per nova jura, quod quidam dicunt, sed est falsum nisi in duabus. Dic ergo, quod eundem locum tenent hodie, quem olim. Dies wird dann weiter ausgeführt. Die sec. und contra tab., die unde legitimi und vir et uxor ſeien hodie gerade ſo wie olim. necessariae. Dagegen die unde liberi und unde cognati ſeien hodie utiles und olim necessariae geweſen. Dazu wird die Novelle 118 citirt. Man ſieht alſo daß hodie das neueſte Juſtinianeiſche Recht bedeutet. — Daſſelbe beweiſt eine andere Stelle: Gl. ad l. 3. C. unde lib. — Sed quum hodie jure Institutionum successorium edictum locum habeat in agnatis, ferner: Gl. ad l. 7. C. de curat. fur. — Hodie vero per Constantinum utraque solennitas est sublata. Gl. ad fr. 4. §. 8. de b. p. — Hodie autem sufficit agnitio coram judice sine petitione et datione bonorum possessionis. Zum Beweiſe dieſes hodie wird l. 7. C. de curat. fur. citirt. ſ. ferner Gl. 3. ad fr. 6. §. 1. de b. p. Und ſo ließen ſich noch viele andere Stellen anführen.

3) II. 35. §. 4. (ed. Böcking. p. 77). — De bonorum autem pos-

Ebenſowenig Gewicht, wie auf dieſe Aeußerung des Azo, haben wir wahrſcheinlich auch auf eine andere des Hugolinus zu legen, welcher umgekehrt zu bezeugen ſcheint, daß die Agnition der **b. p.** unpractiſch ſei [4]). Aus der Verweiſung auf die **l. 7. C. de curat. fur.** und den Codextitel **qui admitti** ſieht man, daß Hugolinus nur von den älteren Formalitäten ſpricht, welche **Constantiniana lege** aufgehoben ſeien. Es bedürfe ſeitdem nicht mehr des **dare** der **b. p.**, d. h. einer eigenen Ertheilung von Seiten des Richters, ſondern die einfache Erklärung des Berufenen, er wolle agnosciren, genüge. Hugolinus aber drückt dieſe Anſicht nur zweifelnd aus (**forte non est necesse**), weil, wie wir ſchon wiſſen (§. 176. Note 5.), es ſtreitig war, ob nicht doch das Decret des Richters noch beſtehen geblieben ſei. —

In dem Bisherigen liegen alſo noch gar keine Beweiſe, ob man in der damaligen Zeit im Verein mit dem übrigen Erbrecht auch die **b. p.** angewandt habe oder nicht. Und es kann uns auch im Grunde wenig wundern, daß wir die Gloſſatoren ſich auf dieſe Frage gar nicht einlaſſen ſehen. Ihre Thätigkeit wie ihre Kenntniſſe concentriren ſich bekanntlich auf das **Corpus juris**. Sie ſind mit der Erklärung deſſelben noch zu ſehr beſchäftigt, um ſchon weiter hinaus blicken zu können. Ihre Arbeit iſt rein theoretiſch, und man muß keineswegs glauben, daß Alles, was ſie aus dem **Corpus juris** erklären, nun auch ſogleich in die Praxis Eingang gefunden habe. So ſehr auch die Lehre der Romaniſten auf die Praxis Einfluß gehabt hat, ſo müſſen wir uns doch durchaus vor jeder Art ſtillſchweigender Präſumtion hüten, und wir können unmöglich daraus, daß die Gloſſatoren eine Lehre nicht poſitiv für unpractiſch erklären, oder gar daraus, daß ſie ſie überhaupt

---

ſessione plura dicere necessarium non duximus eo, quod jure civili ex constitutionibus principum omnes cognati succedere possunt.

4) ad tit. D. de her. pet. poss. (p. 1158 der oben unter Nr. 6. angegebenen Ausgabe). **Hodie forte non est necesse, alicui dari bonorum possessionem, quod dic ut infra de curat. fur. l. ult. diximus, et C. qui admitti ad bon.**

glossiren, schon den Schluß ziehen, die Lehre sei wahrhaft ins Rechtsleben recipirt worden.

Wir müssen also nach anderen wahren Beweisen suchen, und diese fehlen denn auch keineswegs. Ich muß dem, was hier anzuführen ist, nur noch folgende Bemerkungen voranschicken.

Der Römische Erbschaftsbegriff, die **hereditas** als eine Universalsuccession aufgefaßt, empfiehlt sich leicht als ein für die Praxis höchst brauchbarer. Die meisten Fälle der Erbberechtigung im Justinianeischen Rechte waren nun auch im engeren Sinne **hereditas**, d. h. entweder älteres oder durch die Kaiser eingeführtes neueres Civilrecht. Die Regeln über Delation und Acquisition desselben sind einfach, leicht verständlich, und wegen ihrer Freiheit von altcivilrechtlichen Formen leicht aller Orten anwendbar, auch wenn man andere Grundsätze der subjectiven Erbberechtigung befolgte, als sie das Justinianeische Recht enthielt. Es ist nun auch leicht einzusehen, daß die civilrechtlichen Delations- und Acquisitionsgrundsätze für das practische Bedürfniß vollkommen genügen, daß namentlich die Antretungshandlung ohne allen Nachtheil für eine private erklärt werden kann, und es auch keiner **ipso jure** laufenden Frist für sie bedarf, indem hier durch das **spatium deliberandi**, die Inventarsfrist oder ähnliche Verfügungen gegen ein absichtliches Hinzögern der Erbantretung gesteuert ist. Indem man diese ganz passenden Rechtsgrundsätze durchaus für die meisten Justinianeischen Erbklassen im **Corp. juris** anerkannt fand, begegnete man freilich daneben noch einzelnen Fällen der Erbberechtigung unter dem Namen **bonorum possessio**, von denen man allerdings nicht glaubte, zweifeln zu dürfen, daß Justinian ihnen die eigenthümliche Prätorische Agnitionsform und Frist gelassen habe[4a]). Aber es waren im Verhältniß doch nur singuläre Fälle, und überdem sah man, daß schon

4a) Ich will in der folgenden Untersuchung diese Annahme, der man stets ohne eigentliche genauere Untersuchung beigetreten ist, einstweilen als richtig annehmen, obgleich ich im vorigen Buche sie bereits als unbegründet nachgewiesen habe. Wir würden, auch wenn sie richtig wäre, dennoch zu dem Resultate kommen, daß im heutigen Rechte die b. p. sich nicht mehr von der **hereditas** unterscheidet.

nach Römiſchem Rechte die **b. p.** daſſelbe materielle Erbrecht gewähre, wie die **hereditas.** Da aber nun die civilrechtlichen Erbantretungsregeln durchaus genügten, ſo iſt es doch wahrlich nicht zu verwundern, wenn wir das Rechtsleben folgenden Gang gehen ſehen. Man recipirte allgemein den Begriff der **hereditas**, und auch vielfach die civilrechtlichen einzelnen Erbklaſſen. Was man in Folge der Gewohnheit oder beſonderer Statute, die in einzelnen Gegenden galten, an den Erbklaſſen zu verändern hatte, wurde ebenfalls unter dieſen Begriff der **hereditas** geſtellt. Indem man alſo das eigenthümlich nationale Recht hierunter ſubſumirte, und die civilen Erbantretungsregeln dafür gelten ließ, ſo bedurfte es doch nur eines geringen practiſchen Taktes, um, wenn man nun auch jene wenigen ſelbſtändigen Prätoriſchen Erbklaſſen recipirte, die damalige Zeit denſelben Weg gehen zu laſſen. Die **bon. poss.** ſtand doch ſchon der **hereditas** materiell ganz gleich, es lag alſo ſehr nahe, beide nun auch formell gleichzuſtellen, trotz dem, daß man auch damals glaubte, hierin vom Juſtinianeiſchen Rechte abzugehen. —

Es iſt paſſend, dies ſogleich durch ein wichtiges Italieniſches Particularrecht zu erläutern, welches die eben angegebene Anwendung des Römiſchen Rechtes ſehr deutlich hervortreten läßt. In den Statuten von Florenz [5]) iſt in Beziehung auf die Inteſtatklaſſen der Verwandtſchaft Mancherlei vom Römiſchen Rechte abgeändert, die Verwandten und zwar Agnaten ſollen nur bis zum achten Grade Römiſcher Computation ge-

5) Statuta populi et communis Florentiae publica auctoritate collecta castigata et praeposita anno salutis 1415. (3 Theile Friburgi ap. Michaelem Kluch). Im Tom. I. Lib. II. iſt de causis civilibus gehandelt. Der Zeit der Bekanntmachung nach gehören alſo dieſe Statuten in die folgende Periode, aber wenn man bedenkt, daß ſie auf bisherigem Gewohnheitsrechte und anderen früheren Statuten ruhen, ſo würde die Annahme ſehr unwahrſcheinlich ſein, daß nicht das, was wir hier finden, ſich gleich von Anfang an, ſeitdem man überhaupt das Röm. Recht anwandte, ſo geſtaltet habe. Namentlich muß man bedenken, daß in der Theorie der folgenden Periode, wie wir ſehen werden, gar keine Veränderung vorgegangen iſt, welche eine erſt ſpätere Verbannung der Prätoriſchen Agnitionsregeln aus der Praxis hätte veranlaſſen können.

rufen werden [6]), die Frauen sind eigenthümlich beschränkt [7]). Hinter den Verwandtschaftsklassen aber ist die **b. p. unde vir et uxor** (freilich den Worten nach nur für die Ehefrau) und das Erbrecht des Fiskus aus dem Röm. Rechte recipirt [8]). Die Erbberechtigung wird hiernach ganz wie im Römischen Rechte **hereditas vel bonorum possessio vel successio** genannt, um damit anzudeuten, daß sie aus verschiedenen historischen Quellen hervorgegangen ist, aber für alle diese offenbar nur dem Namen nach verschiedenen Berechtigten ist ganz entschieden nur eine Art der Erbantretung anerkannt, und zwar mit wenigen Modificationen durchaus die Römische **hereditatis aditio**. Ein Mann, der über 18 Jahr alt ist, soll wenn er Erbschaftssachen nach 15 Tagen seit dem Todestage in Besitz gehabt hat, als antretend angesehen werden, mag er dann auch später den Besitz derselben wieder aufgegeben haben [9]). Mannspersonen, die wenigstens über 16 Jahr alt sind, sollen,

---

6) Lib. II. Rubr. 126. de successione communis Florentiae ab intestato et de heredibus naturalium et bastardorum, — „non existente aliquo conjuncto usque in octavum gradum inclusive numerandum secundum jura civilia."

7) Lib. II. Rubr. 130. Qualiter mulier ab intestato succedat. Keine Frau kann ihren Kindern succediren, sobald deren Descendenten oder der Vater, väterliche Großvater, Onkel, Geschwister existiren. Die Mutter bekommt dann aber Alimente. Wenn dagegen andere männliche Agnaten bis zum achten Grade vorhanden sind, so concurirt die Mutter mit ihnen zu einem Viertheil u. s. w.

8) Lib. II. Rubr. 126. — „Uxor mariti defuncti praeferatur Fisco in successionem hereditatis quondam ejus mariti."

9) Lib. II. Rubr. 29. De heredibus et hereditate debitoris conveniendis. — Major masculus annorum 18, cui de jure hereditas, vel bonorum possessio, vel successio aliqua ex testamento vel ab intestato delata fuerit, qui quomodocumque possederit vel tenuerit post 15 dies a morte defuncti hereditatem praedictam — —, licet bona ipsius hereditatis evixerit seu deseruerit, hereditatem ipsam adivisse et successionem agnovisse intelligatur, et tanquam ex vera agnitione, ut verus successor sit obnoxius omnibus hereditariis oneribus, et ad legata et fideicommissa et credita effectualiter realiter et personaliter conveniri possit. Der Begriff der Römischen Universalsuccession ist hier also vollkommen anerkannt.

wenn ſie die Erbſchaft in Beſitz genommen haben, von den Gläubigern oder Legataren requirirt werden, ob ſie zahlen wollen, wo nicht, ſo ſollen ſie innerhalb eines Monats den Beſitz der Erbſchaftsſachen aufgeben. Werden ſie nachher doch im Beſitze gefunden, ſo gilt dies als gültige Antretung [10]). Ebenſo iſt dies bei allen Frauen über 16 Jahren. Sodann wird die Zuläſſigkeit der **hereditatis aditio** durch Stellvertreter ausdrücklich anerkannt [11]). — Wenn aber der Berufene nicht in der beſprochenen Weiſe aus eigenem Antriebe den Beſitz ergreift (**pro herede gestio**), oder **per se** oder **per procuratorem** durch eine Erklärung **successionem agnoverit** (**her. aditio i. eng. S.**), ſondern ſich erſt von den Gläubigern oder Legataren belangen läßt, ſo ſoll er vom Richter citirt werden, und innerhalb fünf **dies utiles** verpflichtet ſein zu erklären, ob er Erbe ſei oder nicht (alſo ein ſehr verkürztes **spatium deliberandi**). Falls er läugnet, daß er Erbe ſei, ſo hat er Caution zu ſtellen, welche er verliert, wenn der Gegenbeweis geführt wird; wenn er aber auf die Citation gar *nicht erſcheint*, ſo wird er nach nochmaliger Friſt von drei **dies utiles** öffentlich zum Erben ausgerufen [12]). — Außer den Creditoren und

---

10) eod. — Quilibet masculus sexdecim annorum usque ad aetatem annorum 18 completorum, cui de jure defertur hereditas, bonorum possessio vel successio ex testamento vel ab intestato, si tenuerit vel possederit hereditatem successionem vel bona ipsius — —, et a creditore vel legatario requisitus, quod debitum vel legatum solvat, aut successionem et bona praedicta dimittat, cessaverit solvere, aut possessionem vel detentionem ipsorum bonorum dimittere infra mensem a die aquisitionis — —, intelligatur omnibus oneribus — solvendis ut verus successor obligatus etc.

11) eod. — Quicumque tanquam heres vel successor, etiam si mulier fuerit, per se, vel per procuratorem, tutorem, curatorem vel actorem, hereditatem vel successionem agnoverit, vel jura hereditaria cesserit per instrumentum, scripturam seu acta publica, tanquam verus successor omnibus debitis legatis et fideicommissis et oneribus hereditariis sit effectualiter obligatus, et personaliter, ut heres conveniri possit, etiam citra pronuntiationem quod fuerit heres. ſ. §. 169. am Ende.

12) eod. — Et si negaverit se heredem vel successorem fore

Legataren kann aber auch noch der Fiskus den berufenen Erben, wenigſtens die Agnaten bis zum achten Grade, welche **ab intestato** gerufen werden, in eine Deliberationsfriſt von einem oder zwei Monaten zwängen [13]).

Wir finden hier alſo freilich ganz beſondere Friſtbeſtimmungen und überhaupt mancherlei particuläre Eigenthümlichkeiten, aber ſoviel geht doch aus dem Mitgetheilten zweifellos hervor, daß der Begriff der Römiſchen Univerſalſucceſſion ganz ins Rechtsleben übergegangen iſt, daß aber **heres, bonorum possessor** und **successor** nicht bloß, wie im Römiſchen Recht, nach erworbenem Erbrecht materiell ſich gleich ſtehen ſollen, ſondern auch in Beziehung auf die Erwerbung ihres Rechts kein Unterſchied mehr unter ihnen ſein ſoll. Sehr deutlich erkennen wir hier die civile **her. aditio**, welche die allgemeine Erwerbart alles Erbrechts geworden iſt, und um keinem Zweifel Raum zu laſſen, hat man noch eine beſondere Stelle eingerückt, die offenbar darauf deutet, daß die Prätoriſchen Agnitionsregeln des Römiſchen Rechtes nicht gelten ſollen [14]).

omnibus juris remediis, illico ad instantiam petentis satis dare cogatur — — de ea quantitate, quae arbitrio judicis videbitur, — quae non excedat libr. 500, in qua condemnetur talis negans, si probatum fuerit ipsum esse heredem, vel successorem universalem, vel bonorum possessorem. Si vero requisitus — non comparuerit — prius ultra assignato termino trium dierum utilium per praeconem in publico bannimento pronuntietur ex contumacia heres, bonorum possessor vel successor per judicem causae supradictae, et tali pronunciatione facta contra eum procedatur, tanquam contra heredem vel bonorum possessorem etc.

13) Lib. Rubr. 126. — Et idem jus servetur, et eodem modo succedat dictum commune, si praefati conjuncti infra octavum gradum dicto defuncto ab intestato, cives interrogati infra mensem unum, comitatini infra duos menses interrogati per judicem rationem praedicti communis repudiaverint dict. hereditatem et successionem, et recusaverint se esse heredes, vel infra praefatum terminum postquam notificatum fuerit eis per judicem non apprehenderint dictam hereditatem.

14) Lib. II. Rubr. 29. — Nullus vero ex impetratione vel concessione alicujus licentiae ab aliquo officiali facta, qua aliquis tanquam successor patris vel avi vel alterius personae, vel per aequipollentia verba aliquid imploraret, intelligatur esse

§. 178. Dies Florentinische Recht ist nun allerdings nur Particularrecht, aber es wird doch daraus wenigstens schon soviel bewiesen, daß man damals entschieden und mit klarem Bewußtsein den Schritt gethan hat, welcher in der Fortbildung des Römischen Rechts so nahe lag. Indem man im **Corpus juris** die **b. p.** noch als geschlossenes System zu finden glaubte, hat man trotz dem, daß die Theorie sich vollkommen dabei vom Leben fern hielt, eine völlige Verschmelzung der **b. p.** und **hereditas** durchgeführt. Es fragt sich nun aber weiter, ob dies bloß als lobenswerthes Ergebniß eines einzelnen Particularrechtes zu behandeln ist, oder ob wir darin die Aeußerung eines allgemein verbreiteten Rechtsbewußtseins zu finden haben.

Jedenfalls sehen wir, daß Florenz nicht der einzige Ort gewesen ist, wo dieses Recht gegolten hat, denn in den Statuten von Brixen begegnen wir demselben ebenfalls [1]). Und es fehlen uns auch in der That die Beweise nicht, daß es eine allgemeine Rechtsüberzeugung in Italien war, bei der Anwendung des Römischen Erbrechtes seien die Prätorischen Erwerbsregeln ausgeschlossen. Von sehr großer Bedeutung ist in dieser Hinsicht wegen ihres Alters die Turiner Glosse. Hier heißt es in **Nro. 318**:

---

heres vel successor, talisque licentia vel impetratio in nullo eidem noceat.

1) Ich habe die Statuten von Brixen nicht selbst in die Hände bekommen können, aber Menoch Remedia adip. poss. referirt daraus (**Rem. I. §. 28**). Er citirt Statutum Brixiae 119 in civilibus sub Rubrica, quod solennitates bonorum possessionum, „quo cautum est, capaces omnes hereditatum et bonorum possessionum posse sine solennitatis praetoriae observatione consequi bonorum possessionem.“ Menoch bemerkt noch (**Remed. IV. §. 330**), man behandele überhaupt jedes statutum de herede disponens als auch beim bonorum possessor locum habens d. h. wohl: die b. p. wird immer stillschweigend mit verstanden, wenn vom heres die Rede ist, mit anderen Worten: die b. p. ist ganz mit der hereditas zusammengeschmolzen. — Ich habe leider bisher nicht Gelegenheit gehabt, die Italienischen Statuten genauer zu studiren. Für eine innere Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian, ein Werk welches ich später hoffe liefern zu können, sind sie von der größten Wichtigkeit.

> **Haec erat definitio heredis et bonorum possessoris, quod bonorum possessor, si non petierit a praeside, non fit, heres autem et sine petitione ex testamento fit heres; nulla autem modo est differentia.**

Der Gloſſator kann hier nicht bloß der Meinung geweſen ſein, welche wahrſcheinlich Hugolinus in der §. 177. Note 4. mitgetheilten Stelle lediglich ausſpricht, daß nämlich die Erbittung der b. p. nicht mehr vor dem competenten Richter, ſondern vor jeder beliebigen Magiſtratsperſon ſeit der l. 9. C. qui admitti geſchehe. In einer anderen Stelle (Nro. 329.) iſt nämlich hievon noch beſonders die Rede:

> **Ante enim apud praetorem intrabant, et ab eo in bonorum possessionem mittebantur. Sed modo dicit, quoniam quocunque modo vel apud quemlibet judicem utputa praesidem vel alium magistratum possit quis petere bonorum possessionem, dum tamen intra statutum tempus, et ostendat justum judicium sibi admittere in bonorum possessionem.**

Der Gloſſator kennt alſo recht gut das freiere Juſtinianeiſche Recht, daß man ohne weitere Formalitäten (**quocunque modo**) und vor jedem beliebigen Richter z. B. dem **praeses**, die b. p. agnosciren durfte. Aber gerade die **differentia** des Erbittens vor dem **praeses** läugnet er nun auch in jener Nmr. 318; er muß alſo augenſcheinlich unter **modo** hier etwas Anderes verſtanden haben, als das Juſtinianeiſche Recht, welches er in Nmr. 329. mit demſelben Worte bezeichnet, und es können daher die Worte: **nulla autem modo est differentia** nur ein noch ſpäteres neueres Recht bedeuten, als das in Nmr. 329. angegebene [2]).

---

2) Die Erklärung von Schrader (in ſeiner Inſtitutionenausgabe §. ult. de b. p.) ſcheint mir ganz unzuläſſig. Der Turiner Gloſſator ſpreche nämlich Nmr. 318 nur von der Aufhebung der formulae, im Uebrigen aber erkenne er in Nmr. 329 an, daß noch eine richterliche Agnition nöthig ſei. Dies widerſpricht geradezu den Worten, denn in 318 iſt von Wortformalitäten gar nicht die Rede, ſondern vom Erbitten vor dem Präſes, und dies ſoll jetzt nicht mehr gelten.

Man muß nun aber fragen, welches wohl der Grund sei, auf den der Glossator diese Aufhebung aller Agnition und mithin die völlige Verschmelzung von **b. p.** und **hereditas** stützte, und dabei kann man leicht auf den Gedanken kommen, daß es derselbe falsche Grund sei, welchen der Brachylogus ausdrücklich ausspricht, nämlich durch die **Nov. 118.** sei die ganze **b. p.** aufgehoben worden.

Dies läßt sich weder beweisen noch widerlegen, da der Glossator über den Grund seiner Aeußerung völlig schweigt. Aber wir wollen einmal annehmen, daß in der That dies die Ansicht der Turiner Glosse war, so verliert dadurch ihr Zeugniß keineswegs seine Bedeutung. Man scheint in der älteren Zeit vor den Glossatoren allgemein derselben angehangen zu haben. Außer dem Brachylogus bestätigen dies auch die Exceptionen des Petrus, worin lediglich vom Recht der Novelle die Rede ist, und von **b. p.** weder bei der Intestat- noch bei der testamentarischen und notherbenrechtlichen Succession irgend eine Spur sich findet. Jedenfalls folgt daraus, daß, wenn man nun das Römische Erbrecht in der Praxis befolgte, natürlich nur die Grundsätze der **hereditas** zur Anwendung kamen.

Allerdings lag hier also ein theoretischer Irrthum vor, aber wir brauchen deßhalb noch keineswegs anzunehmen, daß dies der einzige Grund war, um die **b. p.** vom Leben auszuschließen. Hat man doch, wie oben nachgewiesen ist, schon in den Zeiten des **Breviarium Alaricianum** sehr klar eingesehen, daß die **b. p.** als ein formell selbständiges System ohne allen Schaden ganz abgeschafft werden könne. Und so wird auch den Zeiten, von denen wir jetzt reden, wahrlich nicht zu viel zugemuthet, wenn wir bei ihnen dieselbe Ueberzeugung voraussetzen. Daß durch die Nov. 118. nichts z. B. in der testamentarischen Succession verändert sein könne, war doch eigentlich zu leicht einzusehen, als daß man auch damals eine formelle Aufhebung der ganzen **b. p.** darin hätte finden können. Die ganze Ansicht ist also wohl nur so zu verstehen, daß, da doch jedenfalls

Von jenen verborum formulae heißt es eben in Nmr. 329, daß sie bereits zu einer Zeit aufgehoben gewesen seien, als das Erbitten vom Präses noch bestand.

durch die Nov. 118. die Hauptklassen der b. p. hinweggeräumt waren, man nun auch, von einem richtigen practischen Tacte geleitet, die übrigen geringen Ueberreste der b. p. als nach dem Sinn und Geist des späteren Novellenrechtes beseitigt ansah, und für sämmtliche Klassen, seien es civile oder Prätorische, nur eine Art des Erbschaftserwerbes annahm.

Sei dem wie ihm wolle, so bleibt doch, auch wenn die Ausschließung der b. p. lediglich aus einem Irrthum hervorging, stets das practische Resultat, daß man das Römische Erbrecht anfangs nur mit den Delations- und Acquisitionsgrundsätzen der **hereditas** recipirte. Freilich erkannten nun die Glossatoren sehr leicht die theoretische Unrichtigkeit jenes Satzes, und Azo verfehlt deßhalb nicht, ihn stark zu tadeln. Aber eine ganz andere Frage ist, ob diese theoretisch bessere Einsicht alsbald auch auf die Praxis zurückgewirkt, und ob man sich beeilt habe, nun sogleich im Rechtsleben für die wenigen Fälle der s. g. b. p. **necessaria** den Erwerb des Erbrechts wieder an die Agnition der b. p. zu knüpfen. Jedenfalls mußte doch jetzt, wenn man auch anfangs lediglich aus Irrthum gehandelt hatte, die Ueberzeugung schon aus dem bisherigen Rechtsleben hervorgehen, daß man der Prätorischen Agnitionsregeln gar nicht bedürfe, daß die Delations- und Acquisitionsgrundsätze der **hereditas** vollkommen genügten.

Und so finden wir denn auch in der That gar keine Spuren von der Aufnahme der b. p. als eines der **hereditas** geschlossen gegenüberstehenden Systems. Im Gegentheil ist als wichtiges Zeugniß der damals herrschenden Rechtsansicht anzuführen, daß im Canonischen Recht von b. p. gar nicht die Rede, vielmehr lediglich vom **heres**, **hereditas**, **hereditatis aditio**, **pro herede gestio** gesprochen wird [3]). Und außerdem haben wir ja schon in jenen oben angeführten Parti-

3) **heres** und **hereditas** c. 3. 5. 6. 12. X. de testament. (III. 26). In c. 18. eod. kommt auch die hereditatis aditio vor. — c. 1. de succ. ab int. (III. 27) — c. 1. qui fil. sint leg. (IV. 17) — „in bona paterna hereditario jure succedere." c. 2. eod. — „paternam hereditatem petere" und „se heredem gerere" c. 3. eod. — „de hereditate — — jure successorio vindicare." c. 5. eod. — c. 6. 8. 9. 10. eod.

cularrechten Beiſpiele kennen lernen, wie klar man ſich die Hinwegräumung der b. p. aus dem Erbrechte zum Bewußtſein brachte. Freilich ſind es Particularrechte, aber die bisher angegebenen Gründe führen darauf, daß ſie nur Ausflüſſe und ſpecielle Geſtaltungen des allgemein herrſchenden Rechtsbewußtſeins waren. Und wenn auch die Statuten, in denen wir dieſe Particularrechte finden, erſt einer ſpäteren Zeit angehören als von der hier die Rede iſt, ſo würde es doch ſehr gewagt ſein, daraus zu ſchließen, daß wir hier neues erſt durch die Statuten eingeführtes Recht vor uns hätten. Die Theorie der ſpäteren Zeit iſt es wenigſtens, wie wir gleich ſehen werden, jedenfalls nicht geweſen, welche ſolche ſtatutariſche Beſtimmungen hervorgerufen hat.

III. Das vierzehnte und funfzehnte Jahrhundert.

10. Cinus Comment. in Codicem. (Francof. ad Moen. 1578) ad tit. qui admittti. und unde legit.
11. Bartoli a Saxoferr. Comment. in Codicem (Basil. 1588) ad tit. qui admitti u. unde legit.
12. Baldus in Codicem (August. Taurinorum 1576) ad tit. qui adm. u. unde legit.
13. Bartolom. de Saliceto ad Codicem. (Ausgabe der Baſeler Bibliothek ohne Titel mit hübſch gemalten Anfangsbuchſtaben. Hinter jedem Abſatz ſteht der Name Salic.) ad tit. qui adm. etc.
14. Raphael Fulgosius ad Cod. (Lugd. 1517) ad tit. qui adm. u. unde legit.
15. Paulus de Castro super Codic. (cum Repertorio v. Henricus Ferrandat Nivernensis. ohne Jahr) ad tit. qui adm. u. unde legit.
16. Alexander ab Imola (Tartagnus) super Codice. (Ausgabe von Joannes Crispinus. Lugduni 1535) ad tit. qui admitti.
17. Andreas Barbatias. sup. Rubr. C. qui admitti. Repetitionum seu Commentariorum jur. civ. Vol. VIII. fol. 22—41. Lugd. apud Hugonem a Porta et Ant. Vincentium 1553).
18. Jason ad Codicem. (Venetiis ed. Philipp. Pincius Mantuanus 1514) ad Rubr. C. qui admitti und ad l. 5. C. unde legit.
19. Jacobus de Nigris sup. Rubr. C. qui admitti (in der unter Nr. 17 citirten Ausgabe fol. 42—47).
20. Hubertinus Zuchardus (ebendaſ. fol. 47—54) sup. Rubr. C. qui adm.
21. Sebastianus Sapia (ebendaſ. fol. 55. 56) sup. Rubr. C. qui adm.

22. Signorolus de Homodeis (ebendaſ. fol. 56—60) sup. Rubr. C. qui adm.
23. Bulgarius de Bulgariis (ebendaſ. fol. 60–68) ad l. 1. C. qui adm.
24. Nicolaus Belloni (Casalensis) Profeſſor in Academia Dolana in Burgund. Tractatus in Rubr. C. qui admitti. Basileae 1544.
25. Jo. Ronchegallus, Ferrariensis, in tit. Instit. de bon. poss. Interpretatio. Florentiae 1548. (136 große Folioſeiten).
26. Camillus Plautius. ad Rubr. et ad l. 1. C. qui admitti ad b. p. Commentaria. (Florentiae 1572. ein Octavband).
27. Vaconii Declarationes III. 18. num. 105. 106. (Venet. 1584. p. 135).
28. Petr. Ricciardi. Comm. in subtiles ac admodum illustres materias de bon. possessionib., de legat. et de legator. ademt. (Carmagnoliae ap. Ant. Bellonum. 1586. Von der b. p. handeln die erſten 105 Folioblätter).

§. 179. A. Literärgeſchichte. Ich faſſe in dieſem Abſchnitte die Theorie zuſammen, welche im vierzehnten und funfzehnten Jahrhundert in Italien die herrſchende war. Italien war damals noch der faſt ausſchließliche Sitz des Römiſchen Rechtsſtudiums, und von Juriſten anderer Länder iſt in unſerer Lehre wenig zu ſagen. Dies änderte ſich weſentlich im dann folgenden ſechzehnten Jahrhundert, und die Literatur gewann dadurch einen vielfach anderen Charakter. Aber in Italien arbeiteten doch Viele ſehr erklärlicher Weiſe auch jetzt noch in der Weiſe der vorhergehenden beiden Jahrhunderte fort; weßhalb ich denn dieſe geiſtloſen Epigonen am Paſſendſten ihren geiſtloſen Vorgängern anreihen konnte.

Daß von dieſer ganzen Zeit nicht viel Gutes zu ſagen iſt, wird jeder, der im Allgemeinen die Literatur kennt, ſchon von vorn herein wiſſen. In der Lehre von der b. p. aber haben die Entartungen der Literatur einen beſonders hohen Punkt erreicht. Es war natürlich an genauere hiſtoriſche Unterſuchungen, die nun einmal in unſerer Lehre vorzugsweiſe nicht umgangen werden können, gar nicht zu denken. Aber man entfernte ſich nun auch immer mehr von einem eigentlichen Quellenſtudium ſelbſt des Juſtinianeiſchen Rechtes, man beſchränkte ſich auf die Erklärer des Römiſchen Rechtes, gloſſirte die Gloſſatoren, gloſſirte dann wieder die Gloſſatoren der Gloſſatoren,

namentlich Bartolus und Baldus, und schritt so in der Entfernung von der eigentlichen Quelle immer weiter fort. Schon aus den Orten, an denen die **b. p.** abgehandelt wurde, ist dies ersichtlich. Die Glosse hatte zufällig das Allgemeinere über unsere Lehre zu Anfang des Codextitels **qui admitti**, und zur **l. ult. C. unde legitimi** bemerkt. Deßhalb ließ man nun in den Pandektencommentaren die **b. p.** meistens ganz unberücksichtigt, weßhalb die Erklärungen des **Infortiatum** regelmäßig mit dem 36. Buche (**ad Sc. Trebell.**) schließen; und entwikkelte sie in den Codexcommentaren an jenen beiden Stellen. Den ersten Theil nannte man: **ad Rubricam C. qui admitti**, und so gelangte man denn auch bald dazu, eigene monographische Darstellungen der Lehre unabhängig von einem Commentare des Codex unter demselben Titel herauszugeben. Dennoch waren diese noch immer kürzer gehalten, und mehr in dem Character von Bruchstücken eines größeren Codexcommentares.

Ronchegallus bemerkte dies, und meinte deßhalb, diese Lehre bedürfe sehr einer weitläuftigen Bearbeitung wegen der **paucae ac leves admodum veterum quorundam, quas habemus, enarrationes.** Von den Neueren habe sich noch Niemand an diese Arbeit gemacht. Das Buch, was nun Ronchegallus lieferte, scheint so viel Anklang gefunden zu haben, daß es in Camillus Plautius und Ricciardi noch wieder Nachfolger gleichen Charakters hervorrief, und so besitzen wir denn in den Werken dieser Schriftsteller die drei größten Monographieen, welche unsere Lehre bis in die neusten Zeiten aufzuweisen hatte. —

Nach diesen Vorbemerkungen über die äußere Gestalt der Literatur müssen wir uns etwas genauer auf die Charakterisirung der einzelnen Schriftsteller einlassen. Dabei haben wir zuerst den Cinus von der ganzen übrigen Literatur dieser Periode zu trennen. Des Cinus Darstellung ist klar, ohne dialectische Spitzfindigkeit, und enthält mancherlei neue Ansichten. Das Neue ist meistens von Jacobus de Ravanis[1]),

1) Petrus de Bellapartica, den Cinus in seinem Codexcommentar auch noch viel citirt, ist für unsere Lehre unbedeutend. Er handelt

dem wir in dieser Lehre das Lob eines durchaus gesunden Scharfsinns geben müssen. Ich will nicht läugnen, daß dieser Ultramontane (wie man ihn damals in Italien nannte) oft in verkehrter Weise seine Dialectik angebracht hat, aber wir finden doch auch Ansichten von ihm aufgestellt, die vor allen den Theorien, welche von jetzt an herrschend wurden, sich sehr vortheilhaft auszeichnen [2]). Cinus hebt es mit genügender Lobpreisung hervor, wie viel er zur Aufklärung der Lehre gethan habe;

---

auch von der b. p. in einigen Repetitionen, welche sich in der Ausgabe von Polantus Frankfurt 1571 (s. Savigny Gesch. VI. S. 29 Nr. 2.) finden. Diese Ausgabe ist auf der Baseler Bibliothek.

2) Ich will einige Beispiele anführen. Nach der älteren Ansicht ist die b. p. litis ordinandae gratia bloß das Zeichen der angestellten Querel. Et ita dicunt, sagt Cinus, antiqui et moderni de hac b. p. nullo excepto, nisi solo Jaco. de Raven. cum his qui sequuntur eum, qui dicunt totum aliter. Es sei nämlich dies die vorgängige b. p. unde liberi, indem der Prätor verlangt, daß der, welcher die Querel anstellt, sich vorher ligaret hereditati; da dies aber bei dem emancipatus durch die her. adit. nicht möglich sei, so habe der Prätor als Surrogat diese b. p. eingeführt. Voluit Praetor, quod filius volens querelam intentare, agnoscat b. p., ut ostendat se velle agnoscere hereditatem. — Ferner bemerkt Jac. de Rav. die b. p. c. t., die für den emancipatus eine necessaria sei, wäre auch für den suus (institutus) von Nutzen, weil er weniger Legate zu zahlen habe. — Die b. p. ut ex legibus, welche die damaligen Juristen so viel beschäftigte, beurtheilt er ebenfalls ganz richtig. Er verwirft alle Fälle, die man als Beispiele derselben angeführt hatte, und schließt dann, es gebe gar keine quae sint apud nos, sed forte in Graeco. — Ich will nur noch eine Ansicht anführen, die ebenfalls von Scharfsinn zeugt: Wenn aus der vorhergehenden Klasse Jemand als necessarius oder voluntarie Erbe geworden sei, und dann das beneficium abstinendi benutze, oder in int. restituirt werde, so könne die folgende Klasse nicht jure civili, sondern nur jure Praetorio gerufen werden (also die b. p. sei necessaria), weil der Prätor non potest facere desinere heredem. Deßhalb sei keineswegs, wie man allgemein sage, die b. p. unde liberi, legitimi und cognati eine bloß utilis, wofür sich Cinus wieder auf Ravanis beruft. Cinus legt auf diese Ansicht ganz besonderes Gewicht. Videant ergo advocati, sagt er bei Gelegenheit der l. 1. C. unde liberi, et alii qui non curant de hac l. magnum effectum ejus. Von den Gegnern heißt es: sed quotquot fuerint, etiam si mille hoc dixissent, omnes erraverunt.

hic est finis hujus tractatus, ſagt er, **qui tam a nostris Glossatoribus, quam etiam a Rofredo fuit erronee traditus, sed per me Cynum de Pistorio in lucem veritatis eductus.** Aber auf die folgenden Schriftſteller hat er dennoch gar nicht eingewirkt. Es wurde eine Art Modeſache, ſich gegen die Ultramontanen zu erklären, und bald vergaß man ſie ganz.

Statt deſſen wurden Bartolus und Baldus die Helden, unter deren Fahne man ſich begab, und deren Manier man in der Folge noch zu überbieten ſtrebte. Bartolus iſt noch nicht ſo weitſchweifig, und läßt ſich noch mehr auf Interpretation der Stellen ein, als ſeine Nachfolger. Aber man erkennt faſt in jedem Worte, abgeſehen von dem, was ſchon durch die Gloſſe hervorgerufen wurde, die Anſichten und Controverſen, welche die folgende traurige Zeit beſchäftigen. Die große Autorität des Bartolus war der Grund, daß man über alle ſeine Anſichten weitläuftige Expoſitionen gab, wobei denn eben Controverſen ſich ganz von ſelbſt entwickelten. — Bei Baldus [3]) findet ſich ſchon eine weit ſchwerfälligere Argumentation als bei Bartolus. Es werden pedantiſch immer die einzelnen Punkte genau abgezählt, und bei der Erörterung der Gegengründe vorangeſtellt (**videtur quod sic**), was ſich denn die Folgenden ſehr zum Muſter nahmen.

Mehr oder minder in derſelben Weiſe gehen die Schriftſteller fort, die ich unter der Nmr. 13—18 angeführt habe; Jeder freut ſich, wenn er zu den bisher ſchon in dieſer Lehre gangbaren Schulfragen, die immer wieder durchgeſprochen werden, eine oder einige neue (ſ. g. **notabilia**) hinzufügen kann, die nun wieder von den Folgenden begierig als Zankapfel aufgegriffen werden, um daran die ſpitzfindigſten Argumentationen

3) Probe ſeiner Argumentation: Bei der Frage, **quot sint b. possessiones**, könnte man die Eintheilung in **edictalis** und **decretalis** gebrauchen wollen. Dagegen ließe ſich freilich ſagen, daß das doch immer eine und dieſelbe b. p. bedeute. Aber richtiger ſei es doch, ſie als zwei verſchiedene Arten darzuſtellen, **nam resolutio ostendit nobis diversitatem rerum, sicut Philosophi dicunt, quod resolutio in elementa dedit nobis cognoscere, quod qualitates elementorum sint in mixto; video enim resolvi edictalem et non decretalem, ergo non sunt idem.**

zu knüpfen. Salicetus giebt uns bei Gelegenheit der b. p. eine Probe seiner rechtsgeschichtlichen Kenntnisse [4]), hat aber dabei doch wieder einzelne gesunde Gedanken [5]). Raphael Fulgosius ist in unserer Lehre unbedeutend, er citirt sehr sorgfältig die Literatur, und auch hier äußert er seinen strengen Autoritätsglauben, auf den schon Savigny aufmerksam gemacht hat [6]). Paul de Castro bringt zuerst die Frage auf, daß der Prätor nicht **per prius**, wohl aber **per posterius**: **jus** machen könne (s. d. folg. §.). Alexander Tartagnus

4) Als Einleitung zur l. 3. C. unde lib. sagt er: Praemitto, quod posteaquam rerum dominia de jure gentium fuerint distincta, gradus et posteritates fuerunt inventae. Et in illis bonis deficientes sui posteros habebant successores, ut colligitur in Genesi. Postea supervenit regnum Lacedaemoniorum, qui leges civiles fecerunt, per quas patriam potestatem et ejus operationes et effectus invenerunt. Et statuerant, quod filii in potestate essent parentibus heredes inviti, et appellabantur sui et necessarii heredes. — — Et haec capitula incerta (inserta) erant inter capitula legis XII. tab., quam ipsi tradiderunt legatis Romanorum. Post haec aucto regno Romanorum ipsi Romani sibi elegerunt praetorem, qui ex potestate sibi tributa inter cetera providit, ut haberent beneficium abstinendi. Similiter providit, quod omnes de linea agnationis usque ad decimum gradum, et linea cognationis usque ad septimum gradum de capite in caput et gradatim venire possent ad successionem ab intestato per ejus b. possessiones, de quibus in istis titulis. Et quod primum caput est liberorum, ideo de illo praemisit in hoc titulo; et post absentiam, quam praetor sibi concessit, supervenerunt constitutiones principum, quae specifice idem beneficium abstinendi concesserunt. Et fuit suis utile, quod beneficium Praetoris erat annale, ut etiam alia; principis vero et alterius juris civilis est perpetuum.

5) z. B. führt er aus, die b. p. litis ord. gr. sei unpraktisch, da man sie dazu eingeführt habe, um dem emancipatus, der dem jus civile incognitus war, zur Querel zuzulassen. Diese ratio sei aber weggefallen, seit durch die Nov. 118. der emancipatus mit dem suus gleiche Stellung bekommen habe. Unde dicendum videtur, quod ex quo jus civile eum cognoscit sine praetoris remedio ad querelam inofficiosi, quae est ex jure civili, ipso jure admittitur. — Die Späteren haben dies unberücksichtigt gelassen.

6) Er sagt z. B. Tamen sententia Baldi sequenda est propter ejus autoritatem, et nullus contradicit.

hebt die Frage hervor, welche ſchon Joh. Faber berührt habe; ob auch in der Anſtellung der **her. pet. poss.** die Agnition der **b. p.** liege. Andreas Barbatias hat für die Folgenden eine gewiſſe Rolle geſpielt, indem er ſogar zwei neue Fragen aufbringt, deren ſich ſogleich Jaſon zu weiterer Erörterung bemächtigt, nämlich ob der **b. possessor** ſich bei der Agnition legitimiren müſſe, und ob wer **agnovit, praesumatur tempore congruo agnovisse (nova et inaudita quaestio** ſagt Jaſon). Jaſon fängt nun bei der letzteren gleich wieder an zu unterſcheiden; ob die **b. p.** nach einem ordentlichen Streit und **causae cognitio** ertheilt worden ſei oder nicht. Im letzteren Falle müſſe der Agnoscirende beweiſen, außer wenn er **in possessione** ſei. — Uebrigens iſt Barbatias gänzlich unbedeutend, er zeigt ſich ſehr gottesfürchtig, demüthig und unterwürfig, redet immer den Herzog an (ich weiß nicht welchen), und miſcht überhaupt alles mögliche Fremdartige ein. Jaſon iſt nicht viel beſſer, das ihm Eigenthümliche iſt, daß er zuerſt anfängt, die ſingulären **differentiae** zwiſchen **hereditas** und **b. p.** aufzuzählen, was dann die Folgenden ſo ſehr beſchäftigt hat.

Ungefähr mit Jaſon hat, wenn ich ſo ſagen ſoll, dies Schaffen des Materials in unſerer Lehre ein Ende; d. h. die einzelnen Fragen, die ſich von Zeit der Gloſſatoren her gebildet hatten, und um die ſich die Literatur mit Hintanſetzung der eigentlichen Quellen, drehte, waren jetzt ziemlich abgeſchloſſen. Die nachfolgenden Schriftſteller erſcheinen noch ſchwächer an Kraft, indem ſie nur an dieſem ihnen überlieferten Material herumzerrten, und es ſo viel wie möglich in die Breite zogen. Nur in dieſer Kunſt des Weitläuftigermachens zeichnen ſich unter allen Genannten die drei Monographieen des Ronchegallus, Camillus Plautius und Ricciardi wieder beſonders aus, zur wirklichen Erklärung der Lehre konnte bei ſo willkührlicher Baſis natürlich Nichts geleiſtet werden.

§. 180. Ich habe bisher von der äußeren Geſtalt der Literatur, und dem Charakter der einzelnen Schriftſteller geſprochen; ich muß jetzt weiter auf den Inhalt der vor uns liegenden Werke, und die Fragen, mit denen man ſich damals beſchäftigte, eingehen. Dabei aber kann ich es der Geduld

meiner Leſer nicht zumuthen, daß ich die vollſtändigen vor mir liegenden Excerpte von Allem, was jeder einzelne Schriftſteller geſagt hat, hier mittheilte. Was mir von der Perſönlichkeit eines Jeden zu bemerken der Mühe werth ſchien, habe ich im vorigen §. bereits angegeben, und im Uebrigen kann ich den, der noch genauer ſich dies vergegenwärtigen will, auf die citirten Werke ſelbſt verweiſen. Ich gebe daher im Folgenden weniger mit Rückſicht auf die einzelnen Schriftſteller nur einen Geſammtüberblick über die Gegenſtände, welche man damals beſprochen hat [1]).

1. Viele Schriftſteller beginnen die Lehre mit der Entwicklung, weßhalb ſie in den Quellen an dem ihr angewieſenen Platze ſtehe, (die ſ. g. **Continuatio**) ſodann bildet bei Allen die erſte Hauptfrage die Unterſuchung des Urſprungs und Begriffs der **b. p.** In Beziehung auf den Urſprung werden die prätoriſchen Correctionen und Emendationen aufgezählt, bei den confirmatoriſchen Theilen der **b. p.** aber machte man ſich große Schwierigkeiten durch das Bedenken, wie denn der Prätor das Civilrecht noch habe beſtätigen können, da dieſes doch ſchon in ſich ſelbſt Kraft genug gehabt habe.

2. Die Darſtellung des Begriffs der **b. p.** knüpfte man an die Ulpianſche Definition in **fr. 3. de b. p.** Hier heiße es, ſie ſei ein **jus persequendi.** Dadurch entſtand gleich eine weitläuftige Frage, ob die **b. p.** ein **factum** oder ein **jus** ſei. Für Letzteres entſchied man ſich meiſt [2]), übri-

1) Eine kurze überſichtliche Zuſammenſtellung, die freilich weder rückſichtlich der Schriftſteller noch der Gegenſtände vollſtändig iſt, findet man auch bei **Fachinaeus Controversiae XIII. cap. 29.** (Colon. Agripp. 1649). Uebrigens citirt dieſer noch einige Schriftſteller, die im obigen Verzeichniß nicht mit angeführt ſind, nämlich **Decius** (den ich nicht geleſen habe), **Cagnolus** (von dem mir das in Baſel gemachte Excerpt jetzt in Roſtock abhanden gekommen iſt) und **Rim. Jun.** (deſſen Perſönlichkeit ich nicht kenne). Ein Anderer, den ich als **Nic. de Mat.** bei Alexander Tart. citirt gefunden habe, wird wohl Nicolaus Matarellus ſein (Savigny Geſch. V. S. 382), deſſen Schriften mir aber ebenfalls unbekannt ſind.

2) Ricciardi führt 17 Gegengründe an, welche weitläuftig widerlegt werden. Darunter kommt vor: jus est ars boni et aequi, und das ſei doch die b. p. nicht, alſo könne ſie kein jus ſein. Einen

gens gebe es **bonorum possessiones**, welche **jus in proprietate et possessione**, und andere, welche bloß **jus in possessione** gewährten (**Carb.** und **ventr. nom.**). Dabei erhob ſich dann aber eine große Controverſe, ob das reine **factum: possessio bonorum** heiße, oder ob **p. b.** und **b. p.** einerlei ſei. Jene Ulpianſche Definition ſei indeſſen, meinte man, unvollſtändig, es ſei zu dem **jus persequendi** hinzuzudenken: **Praetorium**, wobei denn wiederum ein mächtiger Streit entſtand, ob es nicht doch ausnahmsweiſe eine **b. p. de jure civili** gebe, und ob darunter die **b. p. ex legibus** gehöre [3]).

Bei der Unterſuchung über die Rechte der **b. p.** wurden ſodann die Juriſten auf die Frage geführt, warum der Prätor nicht **directo heredem facere possit?** Man machte ſich hier vielerlei Bedenken, z. B. der Prätor ſei doch die **viva vox jur. civ.**, wenn nun alſo die **mortua vox** (d. h. die **lex**) **heredem facere potest**, warum denn nicht auch die **viva?** Paul de Caſtro führte dieſe Frage auf die andere zurück, ob (wie man ſich ausdrückte) der Prätor **per prius** (d. h. gleich durch Erlaſſung des Edictes) oder bloß **per posterius legem facere possit**, d. h. ob erſt hinterdrein noch eine civilrechtliche Anerkennung hinzukommen müſſe, damit es eine **lex** ſei. Hierüber iſt ſehr viel geſprochen worden.

---

anderen (die Definition paſſe auch auf die hereditas, welche ebenfalls ein jus succedendi ſei) löſt Bartolus ſo: hereditas est successio, b. autem p. est jus succedendi. Ricciardi meint, die hereditas ſei nicht ſo zu verſtehen, wie die b. p.; denn: hereditas nondum adita non est hereditas, et per consequens nec successio, et postquam est adita, non est amplius hereditas, sed efficaciter totum unum patrimonium. Die b. p. aber ſei ſchon vor der Agnition eine b. p. (edictalis). Doch ſei das nur von der b. p. in abstracto zu ſagen. Denn die b. p. in concreto ſei vor der Agnition keine b. p. und nach der Agnition ebenfalls nicht mehr!

3) Bartolus bejahte dies, Baldus läugnet es: auch die ex legibus ſei keine ex jure civ., denn der Prätor imitire hier nur eine Beſtimmung des Civilrechts, es ſei alſo überhaupt die b. p. ſtets de jure praetorio aut inventione, aut imitatione, ſie ſtehe daher immer unter den Prätor. Friſten und ſei nicht perpetua. Ronchegallus ſagt ähnlich: die facultas agnoscendi könne vom Civilrecht ausgehen, in Beziehung auf die executio illius juris ſei ſie praetoria!

3. Die Klage des **b. possessor** iſt hauptſächlich die **her. pet. possessoria.** Von dem **Int. quor. bon.** als einer beſonderen Folge der **b. p.** iſt allgemein gar nicht die Rede, weil man dies Rechtsmittel, wie ſpäter noch genauer ausgeführt werden wird, von der **b. p.** ganz abgetrennt hatte. Jene **her. pet.** aber ſei eine **utilis, ad similitudinem** der civilen eingeführte **actio.** Eine andere Frage ſei aber, ob auch die einzelnen dem **defunctus** ſchon zuſtehenden Klagen für den **bon. possessor** ebenfalls nur **utiles** wären. Und dies hänge wieder damit zuſammen, ob der **b. possessor** nur das **utile dominium** habe. Die Gloſſe hatte hier geſagt, dem **b. possessor** ſtehe das **utile dominium** zu, dies bedeutete aber durchaus nichts Anderes, als daß er nur die **utilis rei vindicatio** habe, ebenſo wie die **utilis her. pet.** Bartolus unterſchied dann weiter, ob der **b. possessor** zugleich **heres** ſei oder nicht, in jenem Falle habe er das **dominium directum** [4]). Baldus faßte es wieder anders: der **b. possessor** habe freilich immer nur das **utile dominium,** aber dennoch eine **directa actio** [5]). — Nun ſtritt man ſich in der Folgezeit, wer von dieſen Recht habe, und fing denn auch an, einen inneren Grund für das **utile dominium** aufzuſuchen. Baconius, dem Ricciardi beiſtimmt, ſtellt dafür folgende Sätze auf: dem Staat gehört an und für ſich das **dominium directum.** Der Staat kann es nehmen und geben und deßhalb auch der **princeps.** Der Prätor iſt aber Theil des Staats, und da er ſelbſt nicht **dominus** iſt, ſo kann er auch das **dom. directum** nicht übertragen. Da er aber das Recht hat, das **jus civile** zu verbeſſern, ſo kann er das **dominium utile** verleihen [6]). — Wir

4) Aehnlich hatte ſchon Dinus geſagt: directas eos habere, quando nemo est, apud quem esse possunt. ſ. d. Note des Contius zur Gloss. ad fr. 2. quor. bon. in der gloſſirten Ausg. v. Fehius.

5) ad l. 1. C. unde legit. ſagt Baldus, der b. poss. habe allerdings die rei vind. directa für die einzelnen Sachen, licet ipsius universitatis non sit directo dominus sed utiliter; et est argumentum, quod singularia feuda, quae sunt in regno Apuliae, sint de directo dominio regis, licet ipsa major universitas, id est totum regnum, sit feudale ecclesiae.

6) Als die utilitas des Satzes, daß der b. possessor das dom. utile habe, wird von Ricciardi Folgendes angegeben: wenn er das dom.

erblicken hier, was mir von großem Intereſſe zu ſein ſcheint, die erſten Anfänge der ganzen Lehre vom **directum** und **utile dominium**, die Anſichten des Vaconius ſind ſchon dergeſtalt, daß ſie mit ganz geringer Modification auch aufs Lehnrecht paſſen.

4. Bei Gelegenheit der Klagen des **b. possessor** wurde eine berühmte Controverſe veranlaßt: **an b. p. sit jus quo, an vero jus propter quod**, d. h. ob die **b. p.** ein Recht ſei, womit man ſchon die Erbſchaft ſelbſt erlangt, alſo eine Klage oder nur ein Recht, worauf man dann hinterdrein eine Klage (die **her. pet. poss.**) ſtützen könne. Die herrſchende Anſicht war für das **jus propter quod**. Ricciardi, der ſich für das **jus quo** entſcheidet, ſagt bei dieſer Gelegenheit einmal etwas Wahres: **habetis ergo discussionem istius perdifficilis articuli, in quo quanto magis Doctores nostrates insudarunt, tanto magis ipsum difficiliorem restituerunt.**

5. Ein Gebiet, in dem man ſich beſonders viel zu thun machte, bildeten die Fragen über Agnition der **b. p.** Man unterſchied hiebei nach der herrſchenden Anſicht die **edictalis** und **decretalis** [7]), und haftete ganz an der Ausdrucksweiſe der Gloſſe, jene ſei die **a praetore mortuo**, dieſe die **a Praetore vivo** gegebene, oder jene das **jus quaerendum** (die Delation), dieſe das **jus quaesitum**. So kam man denn auch immer mehr auf die Anſicht wieder zurück, daß ein Decret des Richters allgemein zur Agnition gehöre, nur daß von Conſtantin alle weiteren Formalitäten aufgehoben ſeien. Man brauche deßhalb, meinte Baldus, auch keinen **libellus** einzureichen, und den Gegner nicht zu citiren, aber darum könne auch die Agnition noch Niemandem präjudiciren, und z. B. bei der **c. t.** keineswegs ſchon das Teſtament reſcindiren, dies thue erſt die **declaratio judicis** nach Einleitung eines wahren Proceſſes.

---

directum hätte, ſo würde er, falls ihm ein Univerſalfideicommiß aufgelegt ſei, das jus auf die sepulcra hereditaria behalten, da er auch nach der Reſtitution heres bleibe, während er, ſobald er nur das dominium utile habe, ſein ganzes utile jus und alſo auch dies übertragen müſſe!

7) Nur Einzelne erklärten die **edictalis** für die **ordinaria**, die **decretalis** für die **extraordinaria**.

Indeſſen nahm man doch allgemein an, daß der **adversarius** zur Agnition bereits citirt werden könne, ſo daß man ſich alſo in dieſem Fall die Agnition ganz als die Einleitung eines Erbſchaftsſtreites dachte. Namentlich ſtritt man dabei, ob die geſchehene Agnition die Präſumtion der Rechtzeitigkeit in ſich trage. Zuletzt wurde man ziemlich einig, daß dies nicht der Fall ſei, außer wenn der Kläger beſitze, wenn **longum tempus post agnitionem transierit**, wenn der Richter ein **decretum cum citatione** abgegeben habe ꝛc. So ſtritt man dann noch über viele andere die Agnition betreffende Punkte: **an b. p. in genere possit agnosci nec ne**; **an agnoscens teneatur nomen capitis exprimere**; **an agnoscens b. p., qui poterat adire de jure civili, videatur de jure civili adire** (was Baldus läugnete); **an bon. poss. agnoscere videatur is, qui agit bonorum possessoria hereditatis petitione**; ob der vom Civilrecht Gerufene durch Agnition mehr Rechte erhält, als der gewöhnliche **b. possessor.**

6. Die letztere Frage führt auf die **differentiae** zwiſchen **her.** und **b. p.**, deren man ſo viel als möglich aufzuzählen ſich bemühte. Ich will damit den Leſer nicht behelligen.

7. Das ganze Syſtem der **b. p.** theilte man (unter der Frage: **quot sint b. possessiones**) gewöhnlich in die **ordinariae**; zwei **ex testamento** (nämlich die **contra** und **sec. tab.**) und vier **ab intest.** (**unde lib., agnati, cognati** und **vir et uxor**), ſodann die **extraordinariae**, wozu man die **b. p. ex legibus**, und die drei, welche nur **jus in possessione** geben, (**Carb., ventr. nom.**, und **gratia litis ordinandae**) rechnete.

Von der **c. tab.** ſagt Baldus, ſie ſtehe dem **emancipatus** zu, wenn er **cum causa** präterirt ſei, außerdem habe ſie aber auch der **suus.** Letzterer eröffne ſtets damit die Inteſtatſucceſſion, beim **emancipatus** dagegen ſei zu unterſcheiden, ob ſie vor der **adita hereditas** erbeten ſei, **tunc videtur interdictum instituto, ne adeat, et sic non valet testamentum**, oder ob ſie **post aditam hereditatem** eintrete, **tunc remanet testamentum in nomine, sed non in effectu.** Dieſe Anſichten, namentlich vom **emancipatus cum causa praeteritus** haben in der ſpäteren Literatur, auch der folgenden Periode,

vorherrſchende Anerkennung gefunden. Ueber die Einführung der **cont. tab.** ſagen Paul. Caſtr. (Decius) Ronchegallus, Ricciardi, ſie ſei um des **emancipatus** willen geſchehen, und dann auf die **sui** ausgedehnt, um Allen ein gleichmäßiges Recht zu gewähren. Die dem **institutus** committirte **c. t. b. p.** geſtanden ſehr Viele auch zu, wenn der Präterirte **tacet**, weil die **edictalis**, alſo die **non agnita b. p.** committirt werde (Alexander, Jaſon, Paul. Caſtr.). Ja ſogar auch wenn der **praeteritus** das Teſtament approbirt, ſo erhalte der **institutus** die **c. t.**, denn dieſe ſei bereits ein **jus quaesitum**. In dieſer Weiſe wurde noch viel anderes Falſche oder Unnütze vorgebracht, z. B. ob auch die Eltern eine **c. t.** gegen die Kinder hätten (was allgemein bejaht wurde), ob die **b. p. sec. tab. dignior sit** als die **c. t.** u. ſ. w.

Die **sec. tab.** beſchäftigte die Gelehrten ebenfalls ſehr viel, indem ſie möglichſt vollzählig die Fälle zuſammenzuſtellen ſuchten, wo das Prätor. Recht vom Civilrecht abweiche, alſo wo die **b. p. necessaria** ſei. Schon Baldus iſt hierin ſehr vollſtändig, er zählt zehn ſolcher Fälle auf.

Die **b. p. unde lib.** dehnte man ebenfalls wie die **c. t.** auf die Eltern aus, und ſtritt darüber, ob dies nun eine **b. p. unde liberi** oder **unde parentes** ſei [8]). Bei der **unde agnati** nahm man allgemein eine Beſchränkung bis zum 10ten Grade an.

So viel wird genügen, um den Charakter der damaligen Literatur anſchaulich zu machen. Wenn man das, wovon wir heutzutage in der Lehre von der **b. p.** ſprechen, mit den Verhandlungsgegenſtänden jener Zeit vergleicht, ſo muß man geſtehen, daß hier zwei ganz verſchiedene Lehren vorzuliegen ſcheinen. Man beſprach damals, was heutzutage vergeſſen iſt, und man richtet in unſerer Zeit umgekehrt ſeinen Blick auf Dinge, von denen man damals kaum oder gar keine Ahnung hatte. Das Reſultat ſolcher Vergleichung iſt ein freudiges Gefühl, daß wir doch in geſunder Behandlung unſerer Rechts-

8) Baldus fragt ſogar, obgleich er es dann längnet, ob es nicht auch eine **b. p. unde frater** und **unde fratris filius** ſeit der Nov. 118. gebe.

verhältniſſe und unſerer Quellen wahrlich auf einer anderen und beſſeren Stufe ſtehen, als die einſt ſo viel geprieſenen Gelehrten jener Zeiten.

§. 181. **B. Zeugniſſe über das practiſche Recht.** Hievon iſt in dieſer Periode wenig zu ſagen. Ich ſpreche noch nicht von den Rechtszuſtänden Deutſchlands, ſondern lediglich Italiens, wo die Mehrzahl der bisher angeführten Juriſten lebte. Man beſchäftigte ſich auch jetzt noch weitläuftig mit der Frage, die wir ſchon bei den Gloſſatoren haben kennen lernen, wann nämlich die **bon. poss. hodie necessaria**, und wann ſie bloß **utilis** ſei. Allein daß man unter dieſem **hodie** ebenſo wie früher nur das Juſtinianeiſche Recht verſtand, iſt auch für dieſe Zeit außer Zweifel [1]). Man verweitläuftigte auch dieſe Frage noch bedeutend, namentlich ſeitdem Baldus den Satz aufgeſtellt hatte, der dann ſo großes Glück machte, daß eine jede **b. p.** unter gewiſſen Vorausſetzungen **necessaria** ſein könne. So z. B. ſollte dies der Fall ſein, wenn der Berufene auf ſein **jus civile** verzichtet habe, ferner wenn das Civilerbrecht nach dreißig Jahren verjährt, das **utile tempus** der **b. p.** aber noch nicht abgelaufen ſei, und ſo noch in mehren Fällen, welche alle für die Folgenden ebenſoviele Streitfragen hervorriefen. Jedenfalls iſt daraus für die Beurtheilung des damaligen practiſchen Rechtszuſtandes, und die Frage, ob man die **b. p.** darin recipirt habe, gar nichts zu entnehmen.

1) Bartolus ad l. 5. C. unde legit. ſagt: es ſchienen die b. possessiones per nova jura sublatae, weil hodie die differentia emancipationis patriae potestatis agnationis et cognationis aufgehoben ſei; er läugnet dies dann, aber er ſpricht offenbar nur von der ſchon von den Gloſſatoren verworfenen Anſicht. Die nova jura ſind Nov. 118. — Cinus ſagt ad l. ult. C. unde legit. num. 12. bon. poss. in patronis et olim et hodie est necessaria secundum omnes. — Bei Jaſon iſt hodie gleichbedeutend mit: per jura authenticorum. — Ebenſo ſagt Salicetus, die b. p. c. t. ſei dem emancipatus praeteritus cum causa necessaria: „quod sic ut olim et eisdem competit, quibus olim, et sic sicut olim emancipato erat necessaria, ita hodie. Nec obstat, quod emancipati exaequantur hodie suis per aut. de her. ab int. §. nulla. — Solcher Stellen ließe ſich leicht noch eine große Zahl anführen.

Ein zweiter Punkt, mit welchem man ſich damals auch noch vielfach beſchäftigte, ſcheint ſchon näher darauf hinzudeuten. Bartolus brachte nämlich die Frage auf, ob auch das neuere ſtatutariſche Erbrecht der **potestates** in den einzelnen Staaten Prätoriſches Recht ſei, und alſo auch unter die Regeln von der Agnitions-Zeit und -Friſt der **b. p.** falle. Baldus griff das gleich auf, und ſtellt dieſen Fall mit unter die **bon. possessiones necessariae** [2]). In der Folgezeit hat man dann daraus eine ſehr berühmte Controverſe gemacht, und man muß es z. B. bei Ricciardi [3]) nachleſen, zu welchen Thorheiten man dabei gelangte. Es iſt aber doch in der Hinſicht intereſſant, daß wir hier den erſten Verſuch finden, das nationale Recht mit dem Römiſchen zu combiniren und unter gleiche Principien zu ſtellen, ſo verkehrt wir auch dieſen erſten Verſuch nennen müſſen. Eine andere Frage aber iſt, ob nun auch ſogleich dieſe Controverſe auf die Praxis Einwirkungen geäußert habe, was man glauben mögte, wenn man bei Cinus lieſt, wie er bei ſeiner Interpretation einer Stelle ſogleich die Advocaten aufmerkſam macht (§. 179. Note 2. am Ende), was doch vorauszuſetzen ſcheint, daß damals neue Anſichten gar leicht in der Praxis Beachtung fanden.

Ich vermag nicht auf dieſe Frage zu antworten, aber wahrſcheinlich ſcheint mir die eben angegebene Folgerung nicht. Des Cinus Worte kommen mir eher wie eine Wichtigthuerei vor, die wahrlich nicht hinreicht, um daraus zu ſchließen, daß die Advocaten ſogleich Alles, was in der Theorie über die **b. p.**

---

2) **Baldus ad tit. C. qui adm. num. 23. — Item si statutum Marchionis Marchiae vel Ferrariae, vel ducis Venetorum vel Genuae, vel decretum domini Paduani defert alicui successionem, est necessaria b. p., quia statutum Praesidis provinciae est jus Praetorium, quod non defert hereditatem etiam jure civili, sed demum per bon. possessionem quod est not. ut habes per Bartolum ff. ad l. 1. in fin. de b. p. Sed si fieret statutum a prioribus locorum statuentibus vice et nomine totius populi, licet cum praesidis auctoritate, esset jus civile, et ex eo posset perpetuo hereditas adiri.**

3) **Ricciardi in Rubr. de b. p. num. 93—127.** Wie man dieſe Frage in Deutſchland behandelt hat, werden wir in der folgenden Periode ſehen.

Neues geſagt wurde, angewandt hätten. Und daß die Statuten einzelner Italieniſcher Städte, welche ich ſchon in der vorigen Periode angeführt habe, in directem Widerſpruch mit jener Theorie ſtehen, brauche ich nicht weiter zu bemerken. Jedenfalls hat dieſelbe auf die Behandlung des Erbrechtes in Deutſchland, wie wir alsbald ſehen werden, gar keine Einwirkung gehabt, wenn wir auch noch öfter die Schriftſteller der folgenden Periode darauf zurückkommen ſehen.

III. Behandlung der b. p. ſeit dem 16. Jahrhundert bis auf unſere Zeit.

29. Zasius ad tit. D. de her. pet. poss. Oper. omn. Tom. I. Francof. 1590.
30. Alciati Paradoxa. II. 13. III. 2. 10. IV. Prooemium. cap. 1. 4. 6.
31. Oldendorp. Actionum forensium progymnasmata. (Op. tom. II. Basil. 1559.) Class. I. act. 1. Class. V. act. 6.
32. Sichardus. Praelect. in Codic. (Francof. 1613.) ad tit. qui admitti.
33. Schneidewinus. Comment. in Instit. (Argentor. 1573.) ad tit. de b. p.
34. Mudaeus. Comment. in tit. lib. VI. Codicis. (Spirae 1604.) ad tit. qui admitti.
35. Contius Scholien zur Gloſſe (in der gloſſirten Ausgabe des Corp. jur. von Fehius).
36. Hotomannus. Comment. ad Inst. (Lugd. 1588.).
37. Donellus. Comm. de jure civ. (Francof. 1596.) Lib. VII cap. 14.
38. Cuiacius. Recitat. in Cod. ad tit. qui adm. et seqq. und Recitat. in tit. D. bon. poss. et seqq.
39. Ranchinus. Tract. de succ. ab int., in quo jus Gallicum cum Romano edocetur. Francof. 1601.
40. Giphanius. Explanatio in Inst. ad tit. de b. p. (Argent. 1610.) Explan. diff. et cel. leg. Cod. (Col. Planc. 1614.) ad l. 1. C. quando non petent.
41. Sc. Gentilis. de jurisdictione Lib. I. cap. 21—27. (Francof. 1601.).
42. Bocer. (resp. Seiferlin) de bon. possessionibus. Tübing. 1597.
43. Bachovius ad Treutlerum (Heidelb. 1618.) Vol. II. Disp. XV. de bon. possessionib. (resp. Elia Kraft, Gedanensi).
44. Berlich. Conclusiones practicabiles (Lips. 1654.) III. concl. 16 u. 26.

45. Brunnemann Comment. ad Pand. Wittenberg. 1731. ad tit. de her. pet. poss. de b. poss. et seqq
46. Philippi Usus pract. Instit. Justin. (Lips. 1698.) Lib. III. eclog. 29. Lib. IV. ecl. 34.
47. Hahn ad Wesenbecium. (Francof. et Lips. 1706.) ad tit. de b. p. etc.
48. Schilter. Praxis juris Romani in foro Germ. Exerc. 15. §. 54 sqq. Exerc. 39. (Francof. 1733.).
49. Lauterbach Colleg. theor. pract. ed. VI 1784 ad tit. de b. p etc.
50. Müller ad Struvium. (Francof. 1692) ad tit. de her. pet. u. de b. p.
51. Vinnius Commt. in Inst. (Lugd. 1761.) ad tit. de b. p.
52. Wissenbach. Exercit. ad Pand. 1653. ad tit. de b. p. etc.
53 Perez. Praelectiones in Cod. 1651. ad tit. de sec. tab. b. p. et seqq.
54. Huber. Praelect. jur. civ. (Francof. 1749.) ad Inst. de b. p. ad D. tit. de her. pet. poss.
55. Gudelinus de jure novissimo. Antwerp. 1644. Bugnyon legum abrogatarum tract. c. additionibus auct. Franc. Christyn. (Bruxell. 1666.) I. c. 205. Groenewegen. de legib. abrog. in Holland. (Amstelod. 1669) ad tit. D. de b. p u. I. de b. p.
56. Voedt ad Pand. ad tit. de b. p.
57. Everard. Otto ad Instit. (ed. Iselius. Basil. 1760.) ad tit. de b. p.
58. Schacher Colleg. pract. (Lips. 1703.) ad tit. de b. p. etc.
59. Stryk Successio ab intest. Diss. IX. (1687.). — Usus modern. Pand. lib. 37. tit. 1. —
60. Hoppii Commentar. in Inst. (Francof. 1772. ed. Walch) ad tit. de b. p.
61. Berger. Oeconomia jur. Darmst. 1794. Lib. II. tit. 4.
62. Friess. (respond. Lehmann) de bon. poss. unde vir et uxor dissert. jurid. Lips. 1715.
63. Höpfner Commentar zu den Inſtitutionen §. 655. ff.
64. Koch. Bonorum possessio. Literariſches Teſtament nebſt Commentar, Reviſion und Codicill. Gieſſen 1799. — ſ. darüber Bd. I. Einl. S. IX.
65. Glück. Inteſtatſucceſſion. (2. Aufl. 1822.) S. 306—393. 534—543.
66. Ed. Gmelin de convenientiis et differentiis inter hereditatem et bon. possessionem. Götting. 1808.
67. Die neuere Literatur, abgeſehen von den Compendien, ſ. Bd. I. Einl. S. XXIII. ff.

§. 182. A. Literärgeſchichte. Während wir bis-

her vorherrschend mit Italienischen Juristen uns beschäftigt haben, sind es jetzt bei weitem der größeren Zahl nach Franzosen und Deutsche, welche die Literatur fortführen. Es ist dies auch zugleich die Zeit, in der sich das Römische Recht in Deutschland ansiedelte, zu Ende des funfzehnten und im sechzehnten Jahrhundert gelangte bekanntlich dessen Anwendung erst zu einer festen Gestaltung. Diese Periode ist daher für uns die vorzugsweise wichtige, wir haben zu prüfen, ob die uns hier interessirenden Theile des Römischen Erbrechts in Deutschland Eingang gefunden haben, oder nicht; wir haben vorher aber wiederum zuerst den wissenschaftlichen Werth der vor uns liegenden Literatur kennen zu lernen. Ich fasse für diese beiden Fragen die ganze Zeit seit dem sechzehnten Jahrhundert gleich in eine einzige Periode zusammen. In Beziehung auf die Dogmengeschichte ist bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts die Literatur durchaus gleichen Charakters, es würde also Willkürlichkeit sein, wenn wir nicht das 16., 17., 18te Jahrhundert in denselben Zeitabschnitt zusammenstellen wollten. Und damit schließe ich denn auch die Dogmengeschichte unserer Lehre, indem die seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts beginnende neue Periode, welche der historischen Untersuchung dieses Rechtstheils so förderlich gewesen ist, schon in der Einleitung des ersten Bandes vorausgenommen werden mußte.

In Beziehung aber auf die andere Frage von der practischen Geltung der b. p. würde es ganz unpassend sein, wenn wir die Zeit seit dem sechzehnten Jahrhundert bis auf unsere Gegenwart noch wieder in mehre Perioden theilen wollten. Wir werden nachher sehen, daß es eine einzige Frage ist, die sich nicht weiter trennen läßt, bei der wir also auch gleich die Literatur der neusten Zeit mit hinzuziehen werden.

Fassen wir also zuerst die Dogmengeschichte ins Auge. Wir können im Allgemeinen sagen, daß man in den drei vor uns liegenden Jahrhunderten in der Erklärung des Römischen Rechts weiter gelangte, als in der vorhergehenden Zeit. Es wehte doch schon ein weit besserer Geist, man wandte sich wieder zum Studium der Quellen selbst zurück, fing an sie mit gesundem Sinn zu interpretiren, und vergaß viele von den unnützen Controversen, welche die vorige Periode hervorgeru-

ſen hatte. Damit war ſchon viel gewonnen, aber es war doch für unſere Lehre noch keineswegs genügend. Es läßt ſich nun einmal, wie ich ſchon öfter bemerken mußte, ohne die genauſten hiſtoriſchen Unterſuchungen nichts darin ausrichten. Dazu fehlten theils die Quellen, theils die Luſt, und ſo kommt es, daß die Lehre von der b. p. doch nicht eigentlich vorwärts ſchritt. Erſt in der neueren Zeit iſt ſie wirklich weiter gebracht worden; ſo viel man auch über die Entſtehung und Ausbildung des Inſtitutes ſtritt, ſo gelangte man doch allmählig über das Eingreifen des Prätors in die Entwickelung des Römiſchen Erbrechts ſchon in vielen Punkten zur Klarheit. Aber auch die neuere Zeit war einſeitig, das Recht der ſpäteren Kaiſerzeit, das Juſtinianeiſche Recht, die Reception deſſelben in Deutſchland blieben ununterſucht, und ſo fehlte viel an einem vollkommenen Durchſchauen unſerer Lehre in den verſchiedenen Stadien ihrer Entwicklung. —

Einſtweilen hatte man im Anfange unſerer Periode ſchon viel gethan, wenn man unſere Lehre von den Auswüchſen der Italieniſchen Literatur reinigte, und Alciat gebührt das Verdienſt, zuerſt mit Kraft dagegen geeifert zu haben [1]). Man

1) In dem Prooemium zum lib. IV. der Paradoxa charakteriſirt er, als paſſende Einleitung zur b. p., ſehr richtig das Unweſen ſeiner Zeit: Inolevit apud nostros professores ea consuetudo, ut quotiescunque legem aliquam interpretentur, ex eadem quaedam pronunciata eliciant, quae notabilia dicuntur; tum ex iis ad Accursii mox Bartoli commentarios transeant, eosque referant, et ad verbum paene explicent; quem morem, tametsi pinguioris Minervae scholasticis non omnino inutilem credam, studiosis tamen nihil conducere arbitror: quod videlicet nimis longa haec interpretatio in causa est, ut integro anno sex, aut rursus totidem leges, et non eo amplius exponantur. — — quamobrem hinc factum est, ut cum ex plnribus responsis eadem notabilia colligantur, repetita toties crambe in causa sit, ut ingentia haec in jure civili volumina conscribantur; — — accedit his, quod barbaris vocibus maxima quaeque inculcantes, eademque saepius referentes, dum commentorum triplicationes quadruplicationesque et expositionum novas expositiones inducunt, ingentem librorum cumulum conficiunt; quodsi exemplo veterum scriberetur, quos interpretes vix capit bibliotheca, enchiridion comprenderet. Deum Opt. Max. testor, ea quae relaturi sumus, cum a me ex hac recentiorum consuetudine

kann aber doch nicht sagen, daß, wenn er es auch in der Form etwas besser macht, er doch in Bezug auf die Ansichten selbst Besseres auftischte, als die Uebrigen. Sichardus beschäftigt sich ebenfalls noch ganz mit den Controversen der Italienischen Juristen, aber seine Argumentation ist doch klar und recht gut, und auch er tritt gegen die bisherige Manier derb genug auf [2]). Auch Mudäus klagt darüber, wie die Definition des **fr. 3. de b. p.** lacerirt, und durch willkürliche Suppositionen angefochten werde. Bei ihm finden wir überhaupt zuerst völlige Freiheit von der Anschauungsweise der Italiener, die allmählig immer mehr vergessen wurden.

So schritt man denn allerdings fort zu einer strengeren und genaueren Berücksichtigung der Quellen, worin namentlich Cujacius und Donellus am meisten hervortreten. Beiden fehlt freilich tiefere historische Untersuchung, und umgekehrt auch wieder eine gehörige Berücksichtigung des practischen Rechts. Dafür war damals noch nicht die Zeit. Aber ihr scharfes Quellenstudium bringt sie schon zu weit reineren Ansichten, wenn auch nicht gerade über die leitenden Grundsätze des ganzen Systems der **b. p.**, so doch wenigstens über einzelne Theile derselben. In dieser Hinsicht ist besonders die Darstellung des Cujacius von der **contra tab. b. p.** hervorzuheben.

Auf die Folgenden haben denn auch die Ansichten des Cujacius vorzugsweise eingewirkt. Alle diese einzelnen Schriftsteller hier besonders zu charakterisiren ist weder nöthig, noch möglich [3]), da sie sich unter einander keineswegs durch immer neue Behandlung des Ganzen, sondern lediglich durch ihre Meinungsverschiedenheiten in den einzelnen Fragen unterschei-

---

scripta essent, sesquivolumen occupasse, et nunc Latine dicta vix brevissimum libellum implent.

2) ad Rubr. tit. C. qui admitti.: „Qui titulus est subtilis, et fere de apicibus juris, circa cujus Rubricam plurimum perdiderunt, ut ipsorum pace dicam, operae Dd. nostri; nos autem imitabimur Virgilium, qui ex stercore Enniano collegit aurum, et sic ex multis non ita necessariis, neque utilibus, neque etiam omnino veris, pauca quaedam colligemus, ut possit recte cognosci illius tituli materia."

3) Uebrigens muß noch mit besonderem Lobe Giphanius hervorgehoben werden, von dessen Ansichten unten noch mehr die Rede sein

den, mit denen man ſich jetzt in unſerer Lehre beſchäftigte. Es wird daher genügen, wenn ich im folgenden §. eine Ueberſicht der in dieſer Zeit hauptſächlich beſprochenen Punkte gebe.

§. 183. Die Definitionen der **b. p.** ſchwinden ſchon im Anfange dieſer Periode zu der kurzen Bemerkung zuſammen, die **b. p.** ſei das Prätoriſche **jus persequendi retinendique patrimonii**, eine **juris possessio**, d. h. Prätoriſches Erbrecht, welches zu ſeiner Geltendmachung noch einer beſonderen Klage (der **her. pet. possessoria**) bedürfe. Manche Schriftſteller ſchließen ſich dabei noch an die frühere Terminologie an, und erklären demnach die **b. p.** für ein **jus propter quod** [1]).

1. Das Recht des **bon. possessor** an der Erbſchaft wird nun von Cujacius zuerſt mit beſonderer Klarheit auf die vom Prätor angenommene Fiction geſtützt. Er werde in Allem fingirt, als wenn er **heres** wäre, ſeine Klagen ſeien **fictitiae**, gewöhnlich würden ſie **possessoriae** genannt. Das Eigenthum des **b. possessor** an den Erbſchaftsſachen ſei ein **dominium possessionis** [2]).

---

wird. Umgekehrt iſt Stryk vorzugsweiſe zu tadeln, der, um recht gelehrt zu ſein, ſich wieder ganz ernſthaft auf die früheren Controverſen der Italiener einläßt.

1) Beſondere Schwierigkeit machte man ſich übrigens bei der c. t. b. p. So ſagt z. B. Lauterbach (der ad tit. de b. p. §. 21. ausdrücklich hervorhebt, die b. p. ſei kein jus quo) ſpäter ad tit. de c. t. b. p. §. 7.: Duo enim haec b. p. continet, remedium rescissorium, quo rescinditur testamentum patris, et petitorium, quo ejus patrimonium persequimur. Quidam tantum rescissorium esse dicunt, et rescisso testamento recurrendum esse ad edictum unde liberi. Sed fallunt et falluntur, omnes enim b. possessiones causae simul sunt, et modi rem ipsam consequendi.

2) Cujacius (ad tit. D. de b. p. — ſ. auch Bd. I. S. 74. Note 4) unterſcheidet ein dominium proprietatis und possessionis, geſtützt auf l. 2. und 4. C. de probat. und l. 11. C. de furt. Letzteres ſei bloß, daß man pro domino possidet, (z. B. der, welchen der Prätor ex secundo decreto possidere jussit, werde in fr. 1. de fundo dotali: dominus genannt), es gewähre nur possessio und usucapio.

Dieſer letztere Satz hat nun vielerlei neue Anſichten hervorgerufen. Ranchinus läugnet danach die frühere Theorie. Der b. possessor habe nicht das **directum dominium**, auch nicht das **utile**, wie die Meiſten ſagten, ſondern das **dominium possessionis**, während dem **heres** das **dominium proprietatis** zuſtehe. Dies nahm auch Treutlerus an, wogegen dann aber Bachovius auftritt: es ſei nicht das **domin. poss.**, ſondern das **dominium utile**, man könne es auch das **bonitarium** nennen, im Gegenſatz zu dem quiritariſchen des **heres**. Dem ſtehe auch die **l. un. C. de nudo jure Quir. toll.** nicht entgegen, denn Juſtinian habe nur das **nudum jus Quir.** aufgehoben, man müſſe aber die Unterſcheidung zur Erklärung der **textus antiqui** benutzen. Uebrigens, ſetzt er hinzu, ſei das **dominium** des **b. possessor** ein wahres **dominium**, und gewähre daſſelbe Recht, wie das des **heres**, und ferner müſſe man es genau vom **utile dominium** des Vaſallen und Emphyteuta unterſcheiden. Denn hier ſtehe ihm wirklich ein **domin. directum** gegenüber, das nicht (wie bei der **b. p.**) **in nudo nomine consistit, sed multos effectus habet.** Das **jus feudale** und **consuetudinarium** habe dieſe verſchiedenen Eigenthumsarten conſtituirt, und es ſei vergeblich nur Einen Eigenthumsbegriff feſthalten zu wollen, **quod nec ipse Justinianus constitutione sua efficere potuisset.** — Darauf brauchte Wiſſenbach noch einen neuen Namen dazwiſchen, nämlich den des Prätoriſchen Eigenthums: **b. p. tribuit dominium bonitarium vel potius Praetorium** [3]**, non Quiritarium non civile i. e. tribuit effectum dominii tuitione Praetoris.** Otto warf am Ende Alles durcheinander: „**praetor**, ſagt er, **jus facere non poterat, sed dominium illud utile seu possessionis tuebatur, donec tempora usucapionis aut praescriptionis elapsa essent.**“ — Man ſieht, es war ein unſchuldiger Streit um Worte geworden, man geſtand dabei zu, daß es kein ſchlechteres Recht als das des **heres** ſei, und daß man es von dem **utile dominium** des Vaſallen, deſſen juriſtiſche Theorie ſich inzwiſchen vollkommen feſtgeſtellt hatte, genau zu trennen habe.

3) Hahn (**ad Wesenb.**) ſagt daſſelbe, nur läugnet er außer dem utile auch das bonitariſche. Ebenſo Lauterbach.

2. Ein anderer für die Berechtigung des **b. possessor**, dem **heres** gegenüber, ſo höchſt wichtiger Punkt kam in dieſer Periode zum erſten Mal zur Sprache, nämlich die Eintheilung der **b. p. in cum** und **sine**. Bei Mudäus findet ſie ſich zuerſt erwähnt, und es werden dafür die eben herausgegebenen Fragmente Ulpians citirt. Aber man wußte mit der neu erhaltenen Nachricht, die doch der eigentliche Schlüſſel zum Verſtändniß des klaſſiſchen Juriſtenrechts iſt, nichts Rechtes anzufangen. Mudäus erklärt die **b. p. sine re** für die, deren Klagen denegirt würden, weil z. B. der Agnoscirende ein **indignus** ſei. Cujacius hält die **b. p.** für **sine re**, wenn es zu Tage kommt, daß das Teſtament, woraus **sec tab.** gegeben iſt, **injustum, nullum, ruptum, irritum** oder **falsum** ſei. Stryk (**Cap. 2. §. 9.**) führt als Beiſpiele der **sine re** an die **litis ordinandae gratia**, oder wenn ein Späterer die **b. p.** agnoscirt, während noch ein anderer Prätoriſcher Erbe berufen iſt. Man ſieht alſo, daß Stryck ſchon ziemlich auf richtigem Wege war. Es iſt aber behauptet worden, daß die richtige Erklärung der **b. p. cum** und **sine re** ſchon früher von Giphanius gegeben worden ſei [4]), und in der That iſt, was er **ad l. 1. C. quando non petentium** ſagt, vollkommen treffend. Dennoch aber hat er keine durchaus richtige Vorſtellungen, denn in der Explanatio der Inſtitutionen führt er, obgleich er zuerſt ſagt: **sine re est, quum alius jure civili evincere hereditatem possit**, als Beiſpiel an: wenn der **filius litis ordinandae gratia** agnoscire, und dann mit der Querel nicht ſiege, ſo ſei das eine **b. p. sine re**. — Uebrigens muß ich noch bemerken, daß ſchon Cujacius ebenſo wie die Neueren quellenwidrig von einer **hereditas sine re** ſpricht.

3. Ein bedeutender Fortſchritt war, daß man die verkehrten Anſichten über **b. p. decretalis** und **edictalis** aufgab, und wenigſtens durch weniger fehlerhafte Erklärungen erſetzte. Auch dies findet ſich wieder zuerſt bei Mudäus, aber er dubitirt noch, ob man darunter die Delation und Acquiſition der **b. p.**, oder (wozu er ſich mehr neigt) die **edictalis** als die verſtehen ſolle, welche **de plano** gegeben werde, während die

4) Hugo R. G. S. 610. Note 2.

decretalis die **Carboniana** und **ventris nom.** umfasse. Bald indessen wurde dies zur allgemeinen Ansicht, man erklärte die **decretalis** als die, welche in Folge einer **causae cognitio** vom Richter noch besonders ertheilt werde [5]), wobei indessen schon von Wissenbach bemerkt wird, daß auch eine **edictalis cum causae cognitione** vorkommen könne. Der Hauptfehler war nur, daß man das Ganze als eine Haupteintheilung der **b. p.** hinstellte, und so die ganz accessorische Stellung der **b. p. decreto data**, wie sie aus den Quellen hervorgeht, völlig verkannte [6]). Es war ebenso, wie mit der Eintheilung in **b. p. ordinaria** und **extraordinaria**, wodurch einem verhältnißmäßig ganz unbedeutenden Punkte eine Wichtigkeit beigelegt wurde, die ihm gar nicht gebührte [7]). Unsere Literatur hat überhaupt von zu großer Eintheilungssucht genug zu leiden gehabt.

4. Eine viel untersuchte Frage dieser Zeit war nach den **differentiae** der **her.** und **b. p.** Es würde nicht lohnen, wenn ich hier Alles aufzählen wollte, was man in dieser Hinsicht vorgebracht hat. Nur einzelne Punkte will ich hervorheben. So stritt man sich darüber, ob es auch eine **b. p. civilis** gebe, und ob die Ansicht des Cujacius richtig sei, daß gar kein solcher Fall in den Quellen vorkäme. Ferner wiederholte man immer den Satz, daß eine **her. ad.** nicht durch Stellvertreter vorgenommen werden könne, **quod**, wie Mudäus sagt, **simulatque quis constituit procuratorem ad adeundum, jam ipse adiisse videatur.** Was hievon zu halten sei, habe ich früher untersucht. — Ein sehr viel besprochener Unterschied war noch, daß die **her. ad.** in 30 Jahren verjähre, die **b. p.** in 100 Tagen und 1 Jahr, da aber dies Letztere **utile tempus** sei, so wurde der Satz des Baldus immer wieder hervorgeholt, daß auch nach Ablauf der 30 Jahre Jemandem möglicher Weise die Frist der **b. p.** noch laufen

5) Scipio Gentilis verweist auf die frühere Ansicht mit folgenden Worten: **Legatur summa saltem Azonis, item liber satis crassus cujusdam Ronchegalli, quem tantas turbas in jure civili miscuisse, qui tam nugax esset, miror.**

6) Hugo R. G. S. 604. Z. 25.

7) S. oben §. 117.

könne. Es half wenig, daß Cujacius hervorhob, nur die **her. pet.** verjähre in 30 Jahren, man ließ ſich nicht irre machen auf dieſen Grundirrthum folgende Anſicht zu bauen: die Regel des **successorium edictum**, daß der **suus** in drei Jahren hintereinander agnosciren könne, müſſe jetzt auf die **civiles successiones** übertragen werden, da der Sohn jetzt civiles Erbrecht habe. Es ſtände ihm alſo ein dreifaches Recht der **her. ad.** zu, jedes von 30 Jahren, zuerſt als **suus**, dann als **agnatus**, zuletzt als **cognatus**. Ueber dieſe 90jährige Verjährung iſt von Ludovici eine eigene Schrift: **de nonagenaria praescriptione** geſchrieben worden, die ich indeß nicht kenne. Man war aber noch gütiger; wenn der **suus** im Teſtament eingeſetzt wäre, ſo habe er ja deßhalb noch 30 Jahre, man geſtand ihm dann alſo 120 Jahre zu [8]). Am Ende ſah man doch ein, auf wie verkehrtem Wege man gehe, aber nichtsdeſtoweniger ſagte man (Stryck, Lauterbach), die falſche Anſicht ſei einmal Praxis geworden, es laſſe ſich alſo nichts weiter machen, als daß man ſie als ein **jus personalissimum** der Deſcendenten vor weiterer Ausdehnung bewahre. — Solchen Mißbrauch trieb man mit der ſ. g. Praxis, d. h. mit richterlichen Urtheilen, in denen ein paar mal nach einer herrſchenden falſchen Theorie entſchieden worden war!

5. In den einzelnen Theilen der **b. p.** ſchritt man allmählig zu beſſerer Erkenntniß vorwärts. Namentlich gilt dies von der **c. t. b. p.** und den damit zuſammenhängenden Inſtituten, für welche insbeſondere die trefflichen Quelleninterpretationen des Cujacius Bedeutendes geleiſtet haben. In den übrigen Klaſſen war weniger Anlaß zu Unterſuchungen; bei der **sec. tab.** begnügte man ſich mit Aufzählung der einzelnen Abweichungen des Prätoriſchen vom Civilrecht, und von den Inteſtatklaſſen waren die drei erſten durch die Nov. 118. abſorbirt. Indeſſen muß ich hier noch bemerken, daß man von

8) Ant. Faber de errorib. pragm. ſagt darüber (III, 8.): Quo quid, obsecro, dici potest improbabilius? Dicerem ineptius nisi, quod magis miror, eam opinionem in omnibus etiam summis tribunalibus receptam viderem. ſ. auch Glück Inteſtaterbf. S. 382.

dem Glauben, die Agnatenklasse sei auf den zehnten Grad beschränkt, zurückkam [9]).

§. 184. **B. Zeugnisse über das practische Recht.** Wir müssen stets im Auge behalten, daß es zwei ganz verschiedene Fragen sind, ob Justinian die **b. p.** noch als geschlossenes System dem Civilrecht gegenüber aufrecht erhalten habe, und ob mit der Reception des Römischen Rechts in Deutschland auch dies geschlossene System der **b. p.** aufgenommen worden sei. Ich habe in der Einleitung nachgewiesen, daß eine Präsumtion für die practische Gültigkeit dessen, was wir im **Corpus juris** finden, für uns gar nicht besteht. Vielmehr muß dieselbe bei jedem einzelnen Institute speciell untersucht werden, außer wo wir es lediglich mit Rechtssätzen zu thun haben, die sich als Folgerungen eines anderen entschieden geltenden Grundprincips darstellen. Die Frage nach der Reception der **b. p.** zerlegt sich nun (abgesehen vom **Int. quor. bon.**) in zwei Theile, wir müssen untersuchen, ob die einzelnen Prätorischen Erbklassen, welche im **Corp. jur.** noch selbständig neben den civilrechtlichen bestehen, in Deutschland Anwendung gefunden haben, und zweitens ob man eine doppelte Art der Erbantretung, bei den civilen Klassen die civile, bei den Prätorischen die **bon. possessionis agnitio** festgehalten, oder sich für sämmtliche Erbklassen allein mit der **hereditatis aditio** begnügt habe. Die Prätorische Antretungsform steht weder mit den Regeln über die Prätorischen Erbklassen, noch mit der civilen Antretung in solchem Zusammenhange, daß wenn wir die letzteren beiden Punkte entschieden recipirt finden, damit von selbst auch schon auf die Gültigkeit jener geschlossen werden könnte.

Diese kurzen Sätze vorausgeschickt, haben wir nun uns genauer auf die Untersuchung einzulassen, von der die ganze heutige Geltung unserer Lehre unmittelbar abhängt. Wir haben in der vorigen Periode gesehen, daß die Literatur sich mit der Reception der **b. p.** gar nicht beschäftigte, man sprach allerdings scheinbar von dem was **hodie** gelte, dachte dabei aber gar nicht an die wirkliche Gegenwart, sondern an das neuste

9) s. z. B. **Hahn ad Wesenb. ad tit. unde legit.**

Justinianeische Recht, und wie wenig daraus Schlüsse auf den wirklichen Rechtszustand der damaligen Zeit gemacht werden dürfen, habe ich zur Genüge gezeigt. Mit dem Anfange dieser Periode aber äußert sich der wesentliche Fortschritt, daß die bisherige Entfremdung der Gelehrten vom wirklichen Rechtsleben als ein wahrer Mangel erkannt wird, und von nun an bildet die Frage über die practische Geltung der **b. p.** eine wichtige, fast von keinem der angeführten Schriftsteller übergangene Controverse. Man muß aber, um den Gang derselben klar zu verfolgen, genau im Auge behalten, daß jene alte Frage, ob die einzelnen Theile der **b. p. hodie necessariae** oder **utiles** seien, sich auch noch durch die ganze Literatur seit dem 16. Jahrh. unverändert hindurchzieht, auch vielfach mit Beibehaltung des Wortes **hodie**. Alles, was davon die Schriftsteller sagen, interessirt uns hier gar nicht, und es läßt sich auch leicht bei jedem Autor von dem, was er über die wirkliche practische Gültigkeit sagt, trennen. Bachovius drückt die Frage passend mit den Worten aus, ob die **b. p.** Civilrecht geworden sei, und warnt davor, dies nicht mit der **b. p. civilis** oder **ex legibus** zu verwechseln [1]). —

Oldendorp ist es, der zuerst hervorhebt, wie wichtig es sei, das wirklich bestehende Recht neben den gewöhnlichen Schulfragen, durch welche die bisherige Literatur sich so völlig von der Gegenwart entfremdet hatte, nicht zu übersehen. Er ist der nachher noch weiter zu besprechenden Ansicht, daß wenn in einer **civitas** Antretungsfristen angeordnet wären, diese als Prätorisches Recht zu behandeln seien, und sagt bei dieser Gelegenheit (**Class. II. act. 1.**): **et hinc videmus, omnes propemodum mores civitatum, qui antiquitatem redolent, tractos esse ex jure praetorio, nisi modo libeat utriusque saeculi observantias invicem conferre. In quo tamen genere investigandi juris, proh dolor, nemo fere nunc vult exerceri; adeo distracta sunt studiosorum ingenia ad immodicas disputationes seu verius altercationes opinionum.** — Freilich kann man sich nicht wundern, daß zu seiner Zeit

1) Th. II. Lit. D. — **et prorsus diversae sunt quaestiones, an antiqua species bonorum possessionis sit ex jure civili, et an bon. possessiones ordinariae hodie juris civilis sint effectae.**

und nach ihm noch Viele, auch wenn sie nun in der That von der heutigen Anwendbarkeit der b. p. reden, dennoch im Grunde wenig aus der bisherigen Anschauungsweise heraustreten, deren Aeußerungen über das practische Recht wir daher gar keinen Werth beilegen können [2]). Erst Giphanius erwarb sich das Verdienst, daß er den Schleier, welcher gleichsam noch über der Frage von practischer Anwendbarkeit der b. p. schwebte, mit starker Hand zerriß, und zuerst eine Ansicht aussprach, der man es gleich ansieht, daß sie aus klarer Anschauung des Lebens hervorgegangen ist [3]). Weniger

2) So sagt Sicharbus (ad Rubr. C. qui adm. §. 25.) bei Gelegenheit der decretalis b. p.: tamen hodie illud decretum non requiritur amplius, sed sufficit, et erit practica, quod qui habet edictalem b. p. i. e. qui vocatur ex aliquo edicto praetoris, nihil faciat, nisi ut adeat judicem qualemcunque, et testetur coram eo, se esse bonorum possessorem vel se esse dominum bonorum relictorum. (Hiefür wird noch eine besondere Formel hinzugefügt: Domine judex, ego agnosco bon. possessionem Titii defuncti et volo esse dominus bonorum ipsius), quod vocatur agnoscere b. possessionem: judex autem nihil addet, nec erit opus ejus decreto confirmatorio. Sichard macht hier gleich aus dem Satze, daß der bonorum possessor das dominium erhalte, eine eigene Agnitionsformel für das, was er noch als decretalis b. p. ansah. Sein Zusatz: et erit practica sieht dabei ganz naiv aus, denn das zweifelnde erit zeigt, daß er hier nur seine eigene Vermuthung ohne weitere Gründe, als daß es Justinianeisches Recht sei, ausspricht.

3) Giphanius Expl. in Inst. — „Si mores et aetatem nostram spectas, nullus est usus bon. possessionis, sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis civili. Huic rei argumento sunt haec: primum quia in jure municipali sive statutis civitatum et constitutionibus imperii, regum ac principum nulla usquam mentio b. possessionis fieri solet: deinde quia in consiliis Dd. item nulla exstat mentio: postremo et ratio est, cur hodie ejus nullus esse debeat aut possit, satis perspicua. His accedit, quod jam olim apud Graecos rarissima sit mentio bon. possessionis, ut videre licet in Nov. Just., Leonis, Philippi, in libris *βασιλικων* et in Harmenopulo. Non recte autem Andreas Pernedes in Inst. Germ. explicans tractatum de b. p. eas confundit cum inductione sive missione in possessionem, Germanice Einsatz. Nam b. p. de qua hic agitur juris est potius, quam corporis. At pos-

befriedigend wird die Frage von Ranchinus aufgefaßt, der freilich auch die Unanwendbarkeit der b. p. für Frankreich annimmt, aber lediglich wegen des Rechtssatzes: **le mort saisit le vif**, woraus denn auch zugleich die Aufhebung der **her. aditio** folgt [4]).

Scheinbar ist, den Worten nach, der Ansicht des Giphanius geradezu entgegengesetzt die von Oldendorp. Er erblickt, wie ich vorher schon bemerkte, in den Antretungsfristen der **civitates** ein Fortleben des Prätorischen Rechtes [5]), aber man sieht offenbar, daß er hier das neuere Recht nur mit der b. p. vergleicht, daß er (und zwar mit Recht) meint, es lägen hier wie vor Alters dem Prätor dieselben Veranlassungsgründe vor, Gründe, welche auf einem aus der Natur der

---

sessio, in quam quis mittitur sive inducitur, corporis est et facti potius, quam juris; et de hac missione sive inductione in possessionem in aliis locis explicatur, ut sub tit. de ed. divi Hadr. sub tit quor. bon. tit. de her. pet. —"

4) Ranchinus §. 28. „Porro supervacuae atque *inutiles sunt hodie* apud nos istiusmodi quaestiones; hodie enim ex generali Galliae consuetudine omnes heredes sive testamentarii sive legitimi ipso jure non modo heredes sed etiam bon. possessores existunt. i. e. transfertur ipso jure ad eos non modo dominium, sed etiam b. possessio, nec necesse habent aut her. adire, aut b. possessionem petere, vocaturque ea consuetudo: le mort saisit le vif." etc. Ranchinus scheint hier, indem er die b. p. dem dominium entgegensetzt, demselben Fehler zu verfallen, den Giphanius am Pernedes tadelt.

5) Oldendorp. Class. II. act. 1. (p. 101 sqq.). „His rationibus (die Prätorischen Beweggründe) motae sunt civitates pleraeque ad recipiendam annalem praescriptionem, qua utuntur *semper* in agnoscenda vel adeunda hereditate quomodocunque delata, ut nemo ad bona defuncti admittatur, nisi se insinuet magistratui, et probet testibus gradum consanguinitatis. Quae omnia ex hoc fonte sunt. Et si volueris altius repetere, invenies axiomata naturae, quae eodem pertinent, ut morientium hereditates non intervertantur. —"

„Semper autem meminisse debes, quod hodie civitates solent plerumque observare solennitatem quandam publicandorum testamentorum, quae imaginem repraesentat veteris bon. poss. agnoscendae. Quod certe non est improbandum, ne fraus committatur circa ultimas voluntates." —

menschlichen Lebensverhältnisse erklärlichen practischen Bedürfnisse ruhen. Es ist also dabei nicht daran zu denken, daß Oldendorp eine directe practische Geltung der Römischen b. p. behaupte, und ebenso, wie er, drückt sich auch schon Zasius der Verfasser des Freiburger Stadtrechtes, aus [6]). Wir haben es hier also nicht mit Gegnern des Giphanius zu thun, sondern es ist im Grunde ganz dieselbe Ansicht, nur in anderem Gewande. Die eigenthümliche Art des Ausdrucks erscheint als Ueberbleibsel jener oben erwähnten Theorie der Italiener, daß das statutarische Recht als Prätorisches aufzufassen sei. Aber sie hat jetzt ihre schädliche und unrichtige Gestalt verloren, und ist zu einer unschuldigen äußerlichen Combination des nationalen Rechtes mit Römischen Rechtsausdrücken herabgesunken. Die Unrichtigkeit jener Ansicht, so wie sie die Italiener ausgesprochen hatten, ist denn auch in Deutschland entschieden erkannt worden [7]). —

Die drei Ansichten, welche wir bei Sichardus, Oldendorp und Giphanius finden, ziehen sich nun durch die ganze Folgezeit hindurch. Ich will danach die Einzelnen hier kurz charakterisiren, wenn auch nicht jeder der anzuführenden Schriftsteller stets einen von jenen dreien als Gewährsmann citirt.

Die Ansicht des Sichardus theilen Bocer, Bachov, Lauterbach (der übrigens Schriftsteller wie Oldendorp so citirt,

6) Zasius a. a. O. „Alia est b. p. decretalis, quam praetor vivus, id est vivus judex, petenti decernit. Hodie (d. h. nach Justinianeischem Rechte) non est necesse quod decernatur, sed sufficit eam agnoscere. l. fin. C. qui adm. etc. de hoc. Gl. Bald. Paul. In nostra civitate locum habet bon. poss. decretalis et non agnitiva.

7) Bachovius ad Treutl. Thes. I. Lit. F. sagt, es sei für Deutschland falsch, daß man die Erbrechte ex edictis vel statutis principum vel ducum für jus praetorium erkläre, denn die principes Germaniae hätten legis etiam proprie ita dictae condendae facultatem. — Ein verfehlter und zugleich unfruchtbarer Versuch, die Theorie der Italiener wieder hervorzuziehen, findet sich bei Schacher. Er schließt nämlich daraus folgendermaßen: unde forte non inepte dici possit, successores ex jure Saxon. Provinc. magis pro heredibus quam pro b. p. habendos, eo quod hoc jus ab Impp. tanquam ex lege fundamentali confirmatum et ita quasi ab ipsis datum.

als seien sie seiner Ansicht), Schacher (der auch gleich, um recht practisch zu sein, eigene Formulare für die s. g. **actio oder imploratio pro datione bon. possessionis contra tab., sec. tab. etc.** fabricirt), Stryk, Hoppe, Frieß, Höpfner, Koch (S. 343.), Glück (a. a. O. S. 535.), Löhr (Magaz. III. S. 346) und Roßhirt.

Auf der Seite Oldendorps stehen Hahn, Berger und Schilter [7a]). Ersterer sagt darüber: **etsi nomine illo (b. p.) non utamur** [8]), **tanquam vulgo ignoto, re tamen ipsa utimur, quotiescunque successores implorant judicis officium, et petunt se vel confirmari vel declarari alicujus defuncti successores.** Man sieht hieraus sehr deutlich, daß man lediglich das Wort b. p. festhielt, das Römische Institut dagegen gänzlich aufgab, und so können wir denn auch diese Mittelmeinung, die etwas Anderes sagt, als sie zu sagen scheint, ihrem eigentlichen Sinne nach ganz der Ansicht des Giphanius gleichstellen.

Diese Ansicht des Giphanius zählt nun eine große Menge von Nachfolgern. Brunnemann, Müller, Vinnius, Wis-

7a) Schilter hat merkwürdiger Weise von allen drei Parteien Etwas angenommen. Vorzugsweise hat er die Ansicht Oldendorps, den er auch citirt. Er sagt (exerc. 15. §. 64), man müsse für die Geltung der b. p. die Orte unterscheiden, wo bloß Privatantretung bestehe, von denen, wo private und richterliche neben einander gelten. Nur in letzteren könne von b. p. die Rede sein, aber auch da dürfe man den Ursprung der Regeln über richterliche Antretung nicht auf das Prätorische Recht, sondern lediglich auf das statutarische zurückführen, (damit also tritt er ganz zur Ansicht des Giphanius). Indessen meint er doch, um des Interdictes willen sei es eine rathsame Cautel die b. p. zu agnosciren, (indem er dem heres ohne Agnition der b. p. nur in beschränkter Weise das Interdict zugesteht. exerc. 47. §. 23.), weßhalb er es denn für nöthig findet, noch besonders den Beweis zu unternehmen, daß in Sachsen die Agnitionsfristen der b. p. noch practisch sein müßten. In dieser Hinsicht nähert er sich also der dritten Ansicht. s. den folg. §. Note 4.

8) Uebrigens ist auch dies eine Zeitlang streitig gewesen. Man behauptete, der Gegensatz von heres und bon. poss. sei auch ganz in die Deutsche Sprache übergegangen mittelst der Worte: Erben und Erbnehmen. Ueber d. wahre Bedeutung dieser Ausdrücke s. z. B. Hagemann Zelleschen Stadtrecht S. 120. 121. s. auch Stryk U. M. P. lib. 37. tit. 1. §. 3. Schilter Exerc. 39. §. 4.

senbach, Perez, Huber, Bugnyon, Grönewegen, Gudelinus, Voedt, und von neueren Schriftstellern insbesondere Hugo [9]), Schweppe [10]), Göschen [11]) läugnen entschieden, daß es noch eine eigene Prätorische Erwerbart des Erbrechts gebe. Im Uebrigen äußern sich unsere neueren Compendien meistens unentschieden oder undeutlich [12]), so daß man nicht weiß, ob sie bloß Justinianeisches oder auch heutiges Recht vortragen wollen.

Ich hätte leicht die Anhängerzahl der einen oder anderen sich entgegenstehenden Ansicht noch vergrößern können. Es kommt hier aber überhaupt nicht auf die Zahl, sondern auf die Gründe an, auf die man sich stützt. Diese haben haben wir daher jetzt noch genauer kennen zu lernen.

Wir müssen, wie ich vorher schon bemerkte, bei der Untersuchung die zwei Fragen unterscheiden, ob man in neueren Zeiten die eigenthümlichen Prätorischen Erbklassen, welche das **Corp. jur.** noch neben den civilrechtlichen enthält, als Gründe des Erbewerdens anerkannt, und zweitens ob man außerdem auch die Prätorische Antretungsform, also die Agnition vor einem Richter in bestimmter Frist, als eine Nothwendigkeit für die Prätorischen, und als eine zweite Antretungsart neben der **her. adit.** für die civilen Klassen beibehalten hat. Aus der Art, wie ich eben die Ansichten der streitenden Parteien dargestellt habe, geht nun aber schon hervor, daß sich die Meinungsverschiedenheit nur auf die zweite Frage bezieht. Ueber die erstere ist bekanntlich kein oder nur specieller Streit, und ich kann sie daher hier gleich im Voraus sehr kurz erledigen.

1. Es handelt sich nämlich in Beziehung auf die bei uns gültigen Prätorischen Erbklassen hauptsächlich nur um drei Institute, die **contra tab. b. p.**, ferner die einzelnen Abweichungen des Prätors von den civilen Regeln über die testamentarische Succession (s. §. 164. ich will sie kurz mit dem Ausdruck **sec. tab. b. p.** zusammenfassen), endlich die **b. p. unde**

9) Lehrbuch des heut. R. R. (7. Aufl.) S. 160. Note 1.
10) Röm. Privatrecht §. 841.
11) Vorlesungen üb. gem. Civilrecht V. §. 995.
12) Mackeldey §. 683. Thibaut §. 867. Wening §. 503. Mühlenbruch §. 704. Puchta §. 501.

vir et uxor. Die übrigen Intestatklassen haben durch die Nov. 118. den Raum verloren.

a. In Beziehung auf die **contra tab. b. p.** ist freilich in der Literatur von jeher darüber gestritten worden, ob es Justinians Absicht war, durch die Novellengesetzgebung sie aufzuheben oder nicht. Ich habe oben im §. 164. bereits meine Ueberzeugung, die ich indessen in diesem Werke nicht begründen kann, für die erstere Ansicht ausgesprochen. Aber auch wer der entgegengesetzten zugethan ist, wird eingestehen müssen, daß ein Bestehenbleiben jenes formellen Notherbenrechtes neben dem materiellen auf den Pflichttheil gebauten für unsere Deutschen Verhältnisse jedenfalls sehr unpassend wäre; und in der That werden wir denn auch unten aus der Zusammenstellung Deutscher Stadt- und Landrechte genugsam ersehen, daß trotz jener Vertheidiger des formellen N. E. R. eine Aufnahme desselben in das Deutsche Rechtsleben sich nicht nachweisen läßt.

b. Rücksichtlich der **sec. tab.** besteht gar kein Zweifel. Man hat von jeher mit der Gesammtheit der *testamentarischen* Succession auch die Erweiterungen und Fortbildungen gelten lassen, die der Prätor, der im Allgemeinen ganz die civilrechtlichen Grundsätze anerkannte, daran anzuknüpfen veranlaßt wurde.

c. Ueber die practische Gültigkeit des sehr vernünftigen Rechtssatzes, daß in Ermangelung aller Verwandten der überlebende Ehegatte zur ganzen Erbschaft gerufen werde, ist ein wahrer Streit nie gewesen [13]). Manche haben sie freilich deßhalb geläugnet, weil nach Deutschem Rechte die Frau entweder in Folge der Gütergemeinschaft oder der ihr zugewiesenen **portio statutaria** in anderer Weise berechtigt worden sei, aber man vereinigte sich bald dahin, daß dadurch einestheils keineswegs immer die Möglichkeit der **b. p. unde vir et uxor**, d. h. des Rechtes in Ermangelung aller Verwandten dem fiscus vor-

13) Philippi a. a. O. III. ecl. 35. führt practische Urtheile an (die auch schon ecl. 29. stehen), welche die Gültigkeit der b. p. unde vir et ux. anerkennen. Damals ließ man übrigens den Ehegatten schon zu, wenn nur keine Verwandten bis zum 10ten Grade vorhanden waren. Dieser Irrthum (s. §. 183 am Ende) kann uns natürlich nicht binden.

gezogen zu werden, ausgeschlossen werde, weßhalb denn wenigstens in den Fällen, wo das Deutsche Recht dem Römischen Raum lasse, letzteres auch Geltung habe. Anderntheils nahm man jedenfalls für den District, wo jene Deutschrechtlichen Institute nicht in Uebung seien, die Anwendbarkeit dieser Klasse an [14]). —

d. Außer diesen ordinären Erbklassen haben auch noch zwei wichtige Nebeninstitute der **b. p.**, das **Carbonianum edictum**, und die **missio ventris nomine** entschiedene Anwendung in Deutschland gefunden. Die Schriftsteller rechneten sie zu der **extraordinaria b. p.**, worunter denn auch noch die **b. p. litis ordinandae gratia** und **ex legibus** ihren Platz fanden. Daß diese letzteren beiden Institute unpractisch seien, weil sie schon im Justinianeischen Rechte überflüssig beibehaltene Ueberreste sind (s. §. 160 am Ende, und §. 171.), und ihnen im heutigen Rechte aller Boden der Anwendbarkeit fehlt, wird man mir wohl nicht bestreiten. Dies **Carbonianum edictum** und die **miss. v. n.** dagegen sind ganz selbständige Institute, die mit der **b. p.** nur in äußerlichem Zusammenhange stehen, und, auch wenn letztere in Beziehung auf die Antretungsform alle ihre Eigenthümlichkeiten abgestreift hat, dadurch in sich selbst keine Veränderungen erleiden. Sie setzen eine richterliche Entscheidung voraus, aber keineswegs deßhalb, weil hier bei den Römern die **b. p.** eine **decretalis**

---

14) Selbst Wissenbach, den Frieß mit zu denen rechnet, welche die b. p. unde v. et ux. für unpractisch erklärten, sagt nur: **Moribus hodiernis illa conjugum successio praetoria passim antiquata est propter congugalem bonorum communionem.** Grönewegen spricht bloß von Frankreich und Holland und erklärt sie allerdings in diesen Ländern für völlig unpractisch wegen der communio bon. der Ehegatten: Bugnyon sagt, in einzelnen Orten Frankreichs werde sie doch angewandt. Für Holland allerdings bezeugt es auch Vinnius ausdrücklich, daß gleich in Ermangelung der Cognaten das Vermögen an den Fiscus falle. Dagegen ist für Deutschland, sobald nicht Deutsche Rechtssätze beständen, die ihrem Wesen nach die Möglichkeit der Römischen Klasse ausschließen, die gemeinrechtliche Gültigkeit der b. p. unde vir et ux. nie bezweifelt worden. S. bes. Berlich, Schacher, Stryk U. M. P. lib. 37. tit. 1. §. 4. und Frieß (§. 18—20).

geweſen wäre (ſ. §. 171.); dieſe richterliche Entſcheidung mußte alſo, da ſie in dem inneren Weſen der Inſtitute begründet iſt, ſtets beibehalten werden, und nur wenn wir finden, daß im heutigen Rechte die Prätoriſchen Friſten überhaupt verſchwunden ſind, ſo haben wir dieſe denn natürlich auch bei der **Carboniana b. p.** nicht mehr anzuerkennen, während ſie für die **missio ventris nomine** ja auch ſchon bei den Römern nicht beſtanden.

Ich führe zum Beweiſe für das Beſtehen dieſer beiden Inſtitute nicht noch beſonders einzelne Schriftſteller an, weil ich überhaupt nirgends Zweifel über ihre practiſche Anwendbarkeit gefunden habe, und daſſelbe iſt auch von der **b. p. furiosi nomine** und den ihr gleichartigen Fällen zu ſagen (ſ. §. 166. Note 10.).

§. 185. — 2. Wir kehren jetzt, nachdem wir die materiellen Rechtstheile haben kennen lernen, welche aus dem Prätoriſchen in unſer heutiges Recht übergegangen ſind, zu jener zweiten Frage zurück, ob für ſie nun auch die formellen Erwerbsregeln des Prätoriſchen Rechts nebſt den Friſten von 100 Tagen und 1 Jahr als eine Nothwendigkeit beſtehen geblieben ſei, und ob außerdem die Agnition der **b. p.** auch für die Civilerben eine zweite Art der Erbantretung neben der **her. aditio** bilde. Es kommt, wie ich ſchon bemerkte, auf die Prüfung der Gründe an, welche in der Literatur zur Bejahung und Verneinung der Frage vorgebracht worden ſind.

Hiebei glaube ich nun, daß man keinen Augenblick zweifeln kann, die Prätoriſchen Erwerbsregeln für entſchieden unpractiſch zu erklären.

Was zuerſt die Bedeutung der **b. possessionis agnitio** für diejenigen betrifft, die nach dem **Corp. jur.** ſchon Civilerbrecht für ſich haben, ſo iſt freilich die Behauptung unendlich oft wiederholt worden, daß ihnen die **b. p. utilis** ſei. Aber die **utilitas** könnte nur darin beſtehen, daß ſie dadurch das **Int. quor. bon.** erlangten. Da indeſſen, wie wir ſehen werden, das Interdict nach zweifelloſem Gewohnheitsrecht jedem **heres** auch ohne Agnition der **b. p.** zugeſtanden worden iſt, ſo ſinkt damit jene Behauptung zu einem ganz nichtsſagenden Satze

zusammen, der natürlich, auch wenn er tausendmal wiederholt worden ist, dadurch nicht zu geltendem Rechte werden kann.

Für die Ansicht sodann, daß den eigenthümlichen Prätorischen Erbklassen die Agnition der **b. p.** in bestimmter Frist eine Nothwendigkeit sei (s. g. **b. p. necessaria**), hat man sich auf folgende Gründe berufen, die, wenn man sie genauer ins Auge faßt, unglaublich schwach sind. Hauptsächlich nämlich glaubte man schon damit genug bewiesen zu haben, daß man jene alte Ansicht, welche aus der Nov. 118. die Ungültigkeit der **b. p.** abgeleitet hatte, widerlegte. Später fügte man noch einen neuen Beweisgrund hinzu. Es war nämlich die Ansicht freilich nie recht bewiesen, aber doch laut geworden, daß schon durch die ganze Abfassung des **Corp. jur.** die Klassen der **b. p.** zu Civilrecht erhoben worden seien. Man hielt es nun nach der durchaus vorherrschenden Ansicht für ein Leichtes, dies zu widerlegen, und so war man denn gleich wieder mit dem Schlusse bei der Hand, daß die Agnitionsregeln noch practisch seien [1]). Es wurden dann beide Gründe in die allgemeine Redensart zusammengefaßt, daß die Eigenthümlichkeiten der **b. p.** noch beständen, weil sie in keinem späteren Gesetze aufgehoben worden seien [2]). Dies ist aber nichts, als jene unbegründete Präsumtion, von der ich in der Einleitung dieses Buches gesprochen habe, der gemäß Alles im **Corp. jur.** von vorn herein als practisch angesehen wird, ohne daß man sich die Mühe zu geben brauchte, nach der Reception in Deutschland noch weiter zu fragen. Es ist ganz offenbar, daß die Meisten, welche überhaupt die Agnition für anwendbar halten, sich lediglich auf diese falsche Ansicht von der Geltung des Römischen Rechtes im Allgemeinen stützen, und so fällt denn auch das Eine mit dem Andern ohne Weiteres über den Haufen.

1) Bachovius ad Treutl. Thes. II. Lit. D. — „Eorum (si qui sunt) parum solida ratio est, qui ex dispositione et emendatione Just. bonorum possessiones juris civilis factas esse statuunt: quoniam naturam bon. possessionum Just. non mutavit, sed qualitates juris Praetorii iis reliquit." — Auch ich habe übrigens nirgends diese Ansicht gefunden.

2) Stryk Succ. ab int. Cap. II. §. 26: „quum hoc discrimen non legatur sublatum." Glück Inteſtaterbf. S. 535. Koch b. p. S. 313.

Wie viele Schriftsteller auch eine solche verkehrte Anwendung vom Römischen Rechte gemacht haben, so ist dadurch dessen wirkliche Stellung zum Deutschen Rechtsleben gar nicht verändert worden.

Außer diesem Grunde, der immer der hauptsächliche gewesen ist, versucht es nun aber Stryk auch in der That, die positive Anerkennung in Deutschland darzuthun. Das Beweismittel ist freilich sehr ärmlich. In den Constitutionen des H. August von Sachsen von 1572. [3]) kommt nämlich (pars III. const. 10.) folgende Stelle vor: „Wann der Vater ein Testament gemacht, — seine Kinder präterirt — —, und solches ist mit ihrer Bewilligung und Vorwissen geschehen, so ist solches Testament **saltem jure Praetorio** krefftig und weil wir diese Meinung der Billigkeit gemäß erachten, so wollen wir, daß hinfüro in solchen Fällen also geurtheilt und gesprochen werde" —, **quae verba**, setzt Stryk hinzu, **sine effectu et causa fuissent adjecta, nisi Sereniss. Elector jus Praetorium et hujus naturam salvam et incolumem vellet conservatam.** Dies ist nämlich der Fall, in welchem man damals eine von den Erweiterungen des Civilrechts durch die Prätorische **sec. tab. b. p.** zu finden glaubte (s. §. 164. Note 12.). Er ist aber, wie man heutzutage nicht mehr bezweifelt, gar nicht im Römischen Rechte begründet. Doch gesetzt, er wäre es, oder auch der Churfürst hätte hier einen jener anderen wirklich begründeten Fälle anerkannt, so würde dies doch für den zu beweisenden Punkt gar nichts beweisen. Es würde daraus nur folgen, daß hier insbesondere ein Fall bestätigt wäre, der in seiner gemeinrechtlichen Gültigkeit schon von vorn herein nicht zu bezweifeln ist, woraus nur folgt, daß, wie ich im vorigen §. bereits angegeben habe, alle die einzelnen Prätorischen Erweiterungen des testamentarischen Successionsrechtes bei uns in Geltung sind. Für die Antretungsform folgt daraus nichts.

Der beste Grund, der noch überhaupt für das Bestehen der Prätorischen Antretungsregeln vorgebracht worden ist,

3) s. darüber Gerber das wissenschaftl. Princip des Deutsch. R. S. 184. ff.

wird dann ebenfalls noch von Stryk hervorgehoben. Der Grund iſt nämlich wenigſtens an und für ſich richtig, nur freilich paßt er gar nicht auf unſere Frage. Es iſt dies der Satz, den ich ſchon oben erwähnt habe, daß alle die Regeln, welche nur Folgeſätze eines anderen entſchieden bei uns recipirten Rechtsſatzes enthalten, ebenfalls als gültig anzunehmen ſind, ſo lange ſich nicht umgekehrt ein poſitiv entgegenſtehendes Gewohnheitsrecht zeigt. Danach ſchließt nun Stryk: da es ſicher ſei, daß wir einzelne Klaſſen des Prätoriſchen Erbrechts recipirt haben, ſo folge es auch, daß wir das ganze Prätoriſche Erbſyſtem mit ſeinen Antretungsformen und Friſten zugleich mit anzuerkennen hätten [4]). Ich brauche wohl nicht weiter auszuführen, wie verkehrt dieſe Folgerung iſt.

Zuletzt muß ich noch einen neuerdings vorgebrachten Beweisgrund [5]) erwähnen. Roßhirt ſagt nämlich, man ſollte glauben, man könne in keiner Weiſe auf einen längſt verſchwundenen Gegenſatz zurückkommen, und in der That habe unſere Praxis keine Formen für die petitio b. possessionis. Dennoch müſſe man anderer Meinung ſein. Auch bei uns würden Erbſchaftsangelegeheiten aus dem Standpunkte des öffentlichen Intereſſes vor den Gerichten behandelt, und Jedem ſtehe frei, ohne Proceß einen Antrag zur Beiwirkung des Gerichts zu machen. Die Fälle ſeien jetzt freilich ſelten, wo die b. p. necessaria ſei, aber in der Richtung auf die b. p. utilis ſei Alles beim Alten geblieben. Geſetzt auch — der Name wäre verſchwunden, die Sache ſei geblieben, und da im Ganzen die b. p. auf keiner Formalität beruhe, ſondern jetzt bloß eine nähere Erklärung des Berechtigten ſei,

4) Us. mod. Pand. lib. 37. tit. 1. §. 3. — Et tamen hodie dantur casus, ubi non aliter quam ex jure Praetorio succedi potest, et si hoc deficeret ipsa deficeret successio, unde necessario usum peculiarem seorsim habere debet, qui ipsam distinguat a civili successione, tum ratione acquisitionis quam praescriptionis. Aehnlich argumentirt Schilter aus der Reception des Juſtinianeiſchen Erbrechts im Allgemeinen. Exercit. 39. §. 4.

5) Roßhirt teſtamentar. Erbrecht II. S. 137.

so stehe von dieser Seite gewiß Nichts im Wege. Eine andere Frage aber sei es, ob die Zeit eingehalten werden müsse, und wie es mit den Präjudicien (?) stehe? — Es ist leicht zu erkennen, welche Widersprüche hier friedlich nebeneinander gestellt sind. Wenn Roßhirt bloß sagte, man könne in der heutigen Beiwirkung der Gerichte bei den Erbschaftsangelegenheiten eine Aehnlichkeit mit der Röm. **b. p.** finden, so könnte man ihm dies, ebenso wie dem Oldendorp, hingehen lassen. Aber er sagt mehr, er giebt zu, das heutige Recht kenne keine Formen für die Prätorische Agnition, dennoch aber sei Alles für die **b. p. utilis** beim Alten geblieben, obgleich die Geltung der Zeitfristen zweifelhaft wäre, und obgleich doch, wenn die Praxis die **petitio** der **b. p.** nicht mehr kennt, das wirklich bestehende Einwirken unserer Gerichte auf die Erbschaftsangelegenheiten natürlich auch nur aus eigenthümlichen Bedürfnissen der Praxis, nicht aus der Anwendung des Römischen Rechtes hervorgegangen sein kann! Ueberhaupt aber ist diese **b. p. utilis**, wie ich vorher schon bemerkte, ganz etwas Wesenloses, es kommt uns vorzüglich auf die s. g. **b. p. necessaria** an, für diese bringt indessen Roßhirt nur die nackte Behauptung vor, ihre Fälle seien freilich nur selten! —

Dies sind die Gründe, deren man sich für das Bestehen der Prätorischen Antretungsregeln bedient hat. Ich muß aber noch hinzufügen, daß viele Vertheidiger dieser Ansicht, so entschieden sie sie auch anfangs aussprechen, dann hinterdrein doch Concessionen machen, welche sie den Ansichten Oldendorps und des Giphanius gar nicht mehr so fern halten. Man sagte, eigentlich freilich sei die **declaratio voluntatis judicialis** nöthig, aber diese könne **ex factis** präsumirt werden, z. B. durch Anstellung der **her. pet. poss.**, ferner durch Nachsuchung der **investitura rerum immobilium**, überhaupt durch jede Handlung vor Gericht, welche den Willen des Erbewerdens involvire, und sobald es nur in der bestimmten Frist geschehe, agnoscire man die **b. p.** [6]). Freilich blieb dadurch immer noch ein großer Unterschied von den entgegengesetzten Ansichten.

---

6) **Stryk** succ. ab int. Diss. IX. c. 2. §. 12. 13. **Frieß** a. a. O. §. 27.

Auf die Gründe, welche von den Gegnern vorgebracht worden waren, namentlich auf die mit so klarem Scharfblick von Giphanius ausgesprochenen, ließ man sich nun aber gar nicht ein. Und in der That war das auch nicht möglich, da das, was Giphanius sagt, entschiedene unumstößliche Facta sind. Daß man ihre Bedeutung nicht gehörig anerkannte, und nicht ganz allgemein die Prätorische Antretungsform für unpractisch erklärte, liegt in dem Zeitgeiste der vergangenen Jahrhunderte. Das Römische Recht in seiner Anwendung bei uns hat leider weniger von seinen Feinden, als von seinen Freunden, die im Eifer über das rechte Ziel hinausrannten, zu leiden gehabt. Man verkannte die wahre Bedeutung des Römischen Rechtes für das Deutsche Rechtsleben, man war blind gegen das, was sich in diesem Rechtsleben von selbst gestaltete, hatte nur die Augen auf das **Corpus juris** gerichtet, und erklärte Alles darin Enthaltene, sobald nicht die Natur des Rechtsinstituts gar zu deutlich seine Unanwendbarkeit an den Tag legte, für practisch.

Durch solche irrthümliche Ansichten ist viel Schaden geschehen, aber die wahre Geltung des Römischen Rechts und seiner einzelnen Theile konnte dadurch, mogte sie auch vielfach verdunkelt sein, dennoch nie aufgehoben werden. Mag auch hie und da namentlich in einzelnen Urtheilen der Facultäten ein ganz unpractisches Institut für bestehend erklärt worden sein [6a]), ein oder ein paar Urtheile machen noch kein gemeines Recht, und der Mißbrauch, den man auch damit getrieben hat (s. z. B. §. 183. Note 8.), ist jetzt verschwunden. Rechtsinstitute, die in der That nicht ins Rechtsleben übergegangen sind, und nur in den Compendien und Rechtssprüchen irrender Juristen ein Scheinleben geführt haben, sind dadurch wahrlich nicht practisch geworden. Vieles derartige ist schon jetzt vollkommen in seiner Nichtigkeit erkannt, gar manche solcher Scheinwesen aber

6a) In der That führt Berger (Oecon. jur.) ein Urtheil der Wittenberger Facultät von 1692 an, worin die Fristen der b. p. als practisch anerkannt werden. Ich könnte das Urtheil eines Obergerichts namhaft machen, worin die Ansicht aufgestellt wird, mit der querela inoff. klage man den Pflichttheil ein. Wollte man jenem Wittenberger Urtheil Werth beilegen, warum nicht auf diesem letzteren?

finden sich auch noch heutzutage in unseren Compendien, und es ist unsere Pflicht, diese entschlafenen Institute, wenn wir ihnen begegnen, zur Ruhe zu bestatten. Es macht dem Giphanius wahrlich Ehre, daß er schon damals, als es noch nicht an der Zeit war, daß die Wahrheit allenthalben Eingang fand, in den Erwerbsregeln des Prätorischen Erbrechts ein solches dem Rechtsleben fremdes Institut erkannte. Ich muß auf seine Gründe noch etwas genauer eingehen.

Giphanius (§.184. Note 3.) erkennt es ganz richtig, daß die Lehre vom Einsatz, zu der das **Int. quor. bon.** gehört, vollkommen von der **b. p.** zu scheiden ist. Wir werden dies im folgenden Kapitel genauer verfolgen. Dieser Einsatz ist noch ein vollkommen practisches Rechtsinstitut, dagegen die **b. p.** als eigenthümliches Erbrecht ist verschwunden, und wir haben nur noch die **her. aditio.** Er führt dafür (abgesehen von der Hinweisung auf das Griechische Recht, die uns hier nicht interessirt), drei Gründe an, die alle gleich richtig sind; wir wollen sie in die umgekehrte Ordnung stellen.

Es ist zuerst einleuchtend, daß man die Prätorische Antretungsform ohne allen Schaden entbehren kann, daß das Römische Recht hier eine unnütze Mehrzahl von Rechtsinstituten darbietet. Wir haben gesehen, daß man dies schon bei Abfassung Italienischer Statuten erkannt, und deßhalb lediglich die civilrechtliche Erbantretung recipirt hat. Und in Deutschland sollte man nicht auch fähig gewesen sein, dies zu erkennen?

In der That findet sich nun auch in den practischen Schriften der damaligen Juristen, den Consilien, von einer Anwendung der **b. p.** keine Spur. Diese Consiliensammlungen sind eine heutzutage gänzlich vernachlässigte Quelle, aus denen für die Reception des Römischen Rechts bedeutende Aufklärung zu schöpfen ist [7]). Hier in unserer Lehre freilich nur negativ, weßhalb ich denn auch keine einzelne Stellen von Schriftstellern citiren kann, aber das negative Resultat, auf das schon Giphanius hinweist, ist ebenso wichtig.

Der Hauptgrund ist endlich der, daß nicht bloß in den

7) Erst neuerdings hat mit Recht Savigny wieder darauf aufmerksam gemacht. System I. Vorrede S. XLVI.

Reichsgesetzen, sondern auch in den zahlreichen Stadt- und Landrechten Deutschlands, welche seit der Reception des Römischen Rechts verfaßt worden sind, von der Prätorischen Erbantretung nicht der leiseste Anklang sich findet. Auch diese Quelle, woraus die Romanisten hätten schöpfen müssen, und die noch viel wichtiger ist, als jene Consilien, ist leider völlig vernachlässigt. Seit dem 16ten Jahrhundert hatte sich das Römische Recht neben dem Deutschen festgesetzt, aber es konnte nicht fehlen, daß zwischen den beiden Rechtstheilen mancherlei Collisionen eintraten, daß man über das Nebeneinanderbestehen derselben vielfach in Unklarheit gerieth. Um dem wo möglich abzuhelfen, wurden seitdem jene vielen „Reformationen" verfaßt, welche freilich sich keineswegs auf alle Theile des Privatrechts, aber doch auf die practisch am meisten hervortretenden, und darunter namentlich das Erbrecht, erstrecken. Diese Land- und Stadtrechte sind für das Studium des deutschen Rechtes, welches durch das Hinzutreten des Römischen wesentlich afficirt werden mußte, von größter Wichtigkeit [8]). Aber es leuchtet ein, daß sie gleich große Bedeutung für das Studium des Römischen Rechtes haben, wenn wir dessen heutige Geltung feststellen wollen. Ich will natürlich nicht sagen, daß nur dasjenige Röm. Recht recipirt sei, was sich in ihnen verzeichnet findet. Wenn dieser Schluß gerechtfertigt sein sollte, so hätten jene Rechtsbücher in der Absicht gemacht sein müssen, das ganze bestehende Recht zu sammeln, was gar nicht der Fall ist. Dagegen wenn sie einen bestimmten Rechtstheil, wie dies eben vom Erbrechte gilt, in sich aufnehmen, so sind sie denn auch die wichtigste Quelle, um zu sehen, wie man das Römische Rechtsinstitut in Deutschland behandelt hat. Man kann nicht einwenden, aus diesen Rechtsbüchern sei immer nur das Particularrecht des einzelnen Ortes oder Landes zu ersehen. Allerdings findet sich darin Vieles, was eben nur Particularrecht ist, aber wenn sich durch alle diese Rechtsbücher ganz unverändert gewisse gemeinsame Grundsätze hindurchziehen, so sind sie doch offenbar das beste Hülfsmittel, um die Existenz eines allen Theilen Deutsch-

8) s. darüber Gerber das wissenschaftl. Princip des Deutsch. R. S. 159—222.

lands gemeinsamen Rechtsbewußtseins, eines gemeinen Deutschen Rechtes, zu constatiren. Sie sind in dieser Hinsicht wahrlich oft von besserer Beweiskraft, als die Urtheile der Gelehrten, die, wenn sie von gemeinem Rechte reden, häufig nur die Observanz eines einzelnen Gerichtes, eines einzelnen Spruchcollegiums vor Augen haben.

In allen diesen Stadt- und Landrechten nun, so viele ich ihrer verglichen habe, ist von Prätorischen Antretungsformen und Fristen nie die Rede. Ein sicheres Zeichen, daß das Deutsche Rechtsleben sie nie anerkannt, und mit richtigem practischen Takte einen unnützen Complex von Rechtsregeln von sich abgewehrt hat. —

§. 186. Die Beweisführung über die Ungültigkeit der Prätorischen Antretungsregeln würde wesentlich unvollständig bleiben, wenn wir mit der bisherigen negativen Fassung uns begnügen wollten. Wir müssen weiter gehen, und die Frage auch von der *positiven* Seite fassen d. h. *untersuchen*, was denn in der That in den uns hier interessirenden Theilen des Erbrechts gemeines Recht geworden sei. Dies aber läßt sich nicht anders beantworten, als daß wir überhaupt näher ins Auge fassen, in welcher Weise die Grundbegriffe des Römischen Erbrechts in Deutschland recipirt worden sind. Hiezu gehe ich daher jetzt über.

Ich knüpfe dabei an bekannte Sätze an. Man wandte in Deutschland zuerst die Römischen Testamente an, und zwar anfänglich nur zur Anordnung von Vermächtnissen (Verschaffungen). Daraus entwickelte sich für die Regulirung der ganzen Erbschaft das Bedürfniß der Testamentsexecutoren. Mit dem sechzehnten Jahrhundert aber ging man den wichtigen Schritt weiter, daß auch der Grundbegriff des Römischen Erbrechts, die Universalsuccession, angenommen wurde. Darin lag, daß man die ganze Masse als Einheit auffaßte, namentlich nicht mehr das unbewegliche Gut vom übrigen Vermögen trennte, und die Schulden als auf der ganzen Activmasse lastend betrachtete. —

Zuerst und am leichtesten fand der Begriff der Universalsuccession und der Erbschaft als einer Einheit von activen und

passiven Vermögensstücken bei den Testamenten Eingang. Man nahm neben den Legaten auch die Erbeseinsetzung als wesentlichen oder wenigstens natürlichen und regelmäßigen Bestandtheil des Testaments an, so daß, wenn die Erbeseinsetzung fehlte, die Verfügung nur den Charakter eines Codicills behielt. Indeß wurde freilich von den Römischen Formalitäten der Testamentserrichtung, auch wo sie eine Erbeseinsetzung voraussetzte, sehr Vieles nachgelassen.

Mit dem Begriff des Erbseins, worin die absolute Verpflichtung liegt, die Schulden auch über den Bestand der Masse hinaus zu bezahlen, war es nothwendig verknüpft, daß das Erbewerden in den freien Willen des Eingesetzten verstellt werden mußte. So folgte es von selbst, daß mit jenem Begriff auch der der Erbschaftsantretung, und die Trennung von Delation und Acquisition Eingang fand. Der Deutsche Satz des Uebergangs **ipso jure** mußte dagegen zurückweichen.

Für die Intestatsuccession war das Eindringen des Römischen Rechtes schwerer. Die Deutschen Rechtsansichten, welche wesentlich darauf beruhen, daß das Vermögen nach den verschiedenen Gründen, wie es vom Erblasser erworben war, oder nach den Zwecken seiner Benutzung, in verschiedene Klassen zerfalle, bewegliches und unbewegliches, Erbgut und wohlgewonnen Gut) widersprachen dem Römischen Begriff von der Einheit der **hereditas**. Diese deutschen Grundsätze lebten in gar vielen Punkten im allgemeinen Rechtsbewußtsein fort, weil sie in wohlbegründeten Sitten und Lebensverhältnissen ihre Stütze fanden. Am leichtesten drang noch der Römische Begriff der Cognation, und die Stufenfolge, in der die Blutsverwandten Anspruch auf das Vermögen des Verstorbenen machen könnten, ein [1]). Aber die Stellung, welche das Römische Recht dem überlebenden Ehegatten angewiesen hatte, behagte Deutschem Sinne nicht, und so finden wir denn hierin fast allenthalben vom R. R. abweichende angemessenere Rechtsregeln, die meistens mit der Gütergemeinschaft zusammenhängen. Ferner sagten auch die Römischen Regeln über das Verhältniß der testamentarischen

1) Dies findet sich deßhalb schon in vielen Landrechten, welche die Testamente mit der Römischen Erbeinsetzung noch nicht kennen.

zur Intestatsuccession, und die Befugnisse des Erblassers durch sein Testament die Intestaterben auszuschließen, keineswegs dem Deutschen Wesen vollkommen zu. Man nahm in die Stadt- und Landrechte nur das materielle, nicht das formelle Notherbenrecht, d. h. den Anspruch der De- und Ascendenten auf die **legitima** auf; anderntheils aber waren in dieser Hinsicht die Deutschen Ansichten von gewissen Complexen der Vermögensstücke, an welchen die nächsten Erben ein durch das Testament nicht zu schmälerndes Anrecht hätten, an vielen Orten lebendig geblieben. Dahin gehören namentlich die Erbgüter, und das Heergewette. Freilich waren alle diese eigenthümlichen Deutschen Rechtsansichten nicht geeignet, um den Römischen Begriff des Erbewerdens mit seinen Folgerungen auch als juristische Grundlage der Intestatsuccession lange fern zu halten. Er empfahl sich, obgleich er keineswegs eine in der Natur der Sache liegende Nothwendigkeit ist, doch sehr durch seine practische Brauchbarkeit, und die Einfachheit der Grundsätze, welche dadurch für das ganze Erbrecht maaßgebend werden. Und von der anderen Seite war er auch gar nicht so exclusiv, daß er nicht auch für Deutsche Rechtselemente die juristische Basis hätte werden, oder wenigstens diese ohne Inconsequenzen neben sich bestehen lassen können. So ist es gekommen, daß das Römische Erbesein, die Erbantretung (**hered. aditio**), und die daraus folgende Verpflichtung zur gesammten Schuldenzahlung gemeines Deutsches Recht auch für die Intestatsuccession geworden sind, daß aber mancherlei Deutschrechtliche Erbbefugnisse, die nun theils als Universal- theils als Singularsuccessionen sich gestalten, vor oder neben den Römischen Erbklassen sich an vielen Orten erhalten haben. Ein Ueberrest aber davon, daß der Römische Begriff des Erbeseins und der Erbantretung zuerst bei den Testamenten Eingang fand, ist noch darin zu erkennen, daß in manchen Stadt- und Landrechten das, was über die Antretung gesagt wird, den Worten nach nur von der testamentarischen Succession gilt, während es dann doch von der Intestatsuccession (von welcher immer erst hinterdrein die Rede ist) offenbar gar nicht ausgeschlossen sein soll. —

Nach diesen Vorbemerkungen halte ich es für das Geeignetste, dem Leser in kurzem Auszuge eine Reihe von Stadt-

und Landrechten des sechzehnten bis achtzehnten Jahrhunderts vorzuführen, wodurch einestheils das eben Gesagte bestätigt, anderntheils wohl ohne weitere Beweisführung einem Jeden die Gewißheit sich aufdrängen wird, daß eine durchaus bewußte, auf gesundem practischen Sinn ruhende Rechtsüberzeugung die Prätorischen Antretungsformen und Fristen völlig verbannt hat, obgleich man allgemein der Ansicht war, daß im Justinianeischen Corp. jur. dieselben noch anerkannt seien.

§. 187. Indem ich jetzt darstellen will, in welcher Weise der Römische Begriff der Universalsuccession in Deutschland recipirt worden ist, ferner welche Erbklassen und welche Antretungsregeln man als gemeinrechtliche anerkannt hat, gehe ich, wie schon bemerkt, von dem unzweifelhaften Satze aus, daß es im Anfange des 16ten Jahrhunderts bereits Testamente gab, worin man Vermächtnisse anordnen konnte. Wie diese Testamente mit den Deutschrechtlichen Vergabungen auf den Todesfall zusammenhängen, und ob sie dem Römischen Rechte entlehnt seien oder nicht, habe ich hier nicht zu untersuchen [1]). Nur muß ich noch einige Beschränkungen, denen sie unterworfen waren, hervorheben, indem diese auch in der Folge hie und da bestehen blieben. Einestheils war es nämlich vielfach nur erlaubt, eine bestimmte Quote des Vermögens in solchen Testamenten zu vergeben [2]). Anderntheils aber war es eine sehr verbreitete Regel, daß man nur über wohlgewonnen Gut testiren könne, also die Erbgüter davon ganz unafficirt blieben [3]).

1) s. darüber Albrechts Gewere S. 204. ff. Beseler Erbverträge I. §. 14. Albrecht in Richter u. Schneiders Krit. Jahrb. 1842. S. 326. ff.

2) Z. B. konnte nach Danziger Recht über den vierten Theil verfügt werden. (Rechte od. Willkühr der Stadt Danzig 1732. II. 5. Art. 2.). Andere derartige Beispiele s. bei Heineccius de testamentifact. jure Germ. arctiss. limit. circumscripta §. 22. (Opuscula p. 953.).

3) s. z. Jülich-Bergisches Landrecht c. 69. (in Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrecht I. S. 218). Hadeler Landrecht III. 8. (Puffendorf. obs. app. I. p. 39.). Kedinger L. R. Tit. 14. 20. (Puff. app. I. p. 151. 155.). Amt Hagen ad sec. Art. (Puff. app. III. p. 6. 14. 20. 26.). Göttinger Stat. (Puff. app. III. p. 190). Bremisches Ritterrecht. (Puff. app. IV. p. 33.) Altland (Puff. app. IV. p. 42). Braunschweiger Stadtrecht.

Wir gehen nun aber zu den Stadt- und Landrechten über, in denen sich der Römische Begriff der Universalsuccession, also namentlich bei Testamenten die Erbeseinsetzung, recipirt findet.

1. Scheinbar gehört hieher schon die Revision des Lübischen Stadtrechts v. 1586. Es ist aber in der That nicht der Fall. Das Röm. Recht ist hier gar nicht eingedrungen. Die Intestatsuccession erscheint ganz eigenthümlich, und wenn auch bei Testamenten, die sich auf wohlgewonnen Gut beziehen (II. 1. Art. 2.), von der Erbeinsetzung als einem nothwendigen Erforderniß die Rede ist (II. 1. Art. 12.), so bedeutet dies doch die Bedenkung des nächsten Erben, nicht den Römischen Rechtsbegriff. Abgesehen hievon ist auch nur von Legaten die Rede.

2. Anders verhält sich es mit dem Rostocker Stadtrecht v. 1757., obgleich dasselbe meist wortgetreu das Lübische Recht in sich aufgenommen hat. Hier findet sich ganz der Römische Begriff der Erbeinsetzung und Enterbung, im Gegensatz zu den Legaten, die Codicillarklausel soll immer *subintelligirt* werden, das Römische Pflichttheilsrecht hat vollen Eingang gefunden. Jener Artikel des Lübischen Rechts, der von der Erbeinsetzung handelt, ist so umgestaltet, daß er nun in der That von der Römischen **heredis institutio** spricht. (II. 1. Art. 21. 23. 24. 26. 28.). — **Ab intestato** wird für das Recht der Ehegatten in Folge der G. G. viel Deutsches Recht anerkannt, im Uebrigen aber ist die Succession der Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten mit wenigen Aenderungen die der Nov. 118. (II. 2. Art. 20, 40—51). Außerdem heißt es: (II. 2. Art. 1.). „Stirbet ein Ehegatte und hinterläßt derselbe keine Blutsfreunde, so soll der überlebende die ganze Erbschaft haben." (**b. p. unde vir et uxor**). Zuletzt, wenn kein Erbe sich in Jahr und Tag meldet (Lübisches Recht), verfällt sie der Stadt. (Art. 52.). — Der Begriff der U. S., die Verpflichtung zur vollen Schuldenzahlung **pro rata** unter mehren Erben, ferner die Erbantretung durch einfache Willenserklärung, mit dem **benef. inventarii** und dem

1532. (worin das Röm. Intestaterbrecht schon sehr vollständig ist.). Tit. v. Giften u. Testamenten. (**Puff. app. IV. p. 117**).

spatium deliberandi (was aber in drei Monate eingeschränkt ist) sind ganz aus dem Römischen Rechte (**eod. Art. 56. 57. 59**).

3. Gehen wir gleich zum Sächsischen Rechte über, wo besonders in den Constitutionen Augusts von Sachsen 1572. das Röm. Recht in seinem Gegensatz zum Deutschen zuerst genauer regulirt wurde. Die Uebergaben des Vermögens auf den Todesfall (**donationes omn. bon. causa mortis** genannt) werden anerkannt, wenn sie gerichtlich sind (**III. Const. 1.**). Das Recht, daß der Erbe, „so **ab intestato** succedirt," davon ein Viertel abzöge (welches „die Wohlthat **ex lege Falcidia**" heißt), findet keine Billigung. Hat sich aber (**Const. 2.**) der **donator** ein Reservat gemacht, so soll dies den Blutsfreunden zufallen. Die Testamente des R. R. mit Erbeseinsetzung werden vollkommen anerkannt, ja es ist sogar von einem Testamente, das **saltem jure Praetorio** gelte (s. oben §. 185. zu Note 3.), die Rede (bis **Const. 13.**). — **Ab intestato** werden in Gemäßheit des gem. Rechtes beide Eltern zusammengerufen (**Const. 17.**), und die Succession der Geschwister und Geschwisterkinder stimmt (mit einigen wahren und vermeintlichen Ausnahmen) ebenfalls mit dem Röm. R. überein (**Const. 14. 18.**). Die Frau erhält nach des Mannes Tode, wenn Kinder da sind, mag sie reich oder arm sein, $^1/_4$, wenn keine Kinder da sind, $^1/_3$, in beiden Fällen aber erst nach Bezahlung der Schulden (diese erscheinen also schon als auf der ganzen Erbschaft liegend). Auch muß die Frau dann ihr ganzes Gut und Gerade conferiren, doch kann sie wählen, ob sie statt jener Quoten ihr Gut herausziehen will (**Const. 20.**). Der Mann erhält betagtes Erbegeld, ferner Fahrniß und Gerade der Frau (**Const. 21.**). Von der **b. p. unde vir et uxor** ist nicht die Rede [4]), und in Ermangelung der Erben fällt das Gut an die Ortsobrigkeit (**Const. 38.**).

4) Ueber das neuere Recht, wonach der Ehegatte sogar schon beim Vorhandensein entfernter Verwandten das Ganze erhält, s. Haubold Sächs. Privatrecht. §. 331. b. Wie weit überhaupt in Sachsen die Römischen Grundsätze über Vornahme und Folgen der Erbantretung recipirt sind, s. ebendaselbst §. 346. ff. Jedenfalls sind immer nur Grundsätze der **her. ad.** anerkannt, von **b. p. agnitio** ist trotz jenes **testamentum ex jure praetorio** gar keine Spur.

4. Von großem Interesse für die Reception des R. R. sind die Hamburger Statuten v. 1603, als ein Beweis wie unorganisch man es oft mit fortlebenden Deutschen Instituten zusammenstellte. Es wird eine eigene Testamentsform angegeben, aber Jedem (wie in Nürnberg, Basel und vielerwärts) auch freigelassen, nach Röm. Recht zu testiren (III. 1. Art. 2. u. 3.). Eine Erbeinsetzung ist nicht erforderlich (Art. 22.), dagegen findet das Röm. Pflichttheilsrecht für Desc., Asc. und Geschwister (Letztere fehlen in den meisten Rechtsbüchern) volle Anerkennung (Art. 23. 34 ff.). Trotz jenes Art. 22. wird aber doch die Römische Erbeinsetzung und Substitution im Allgemeinen als regelmäßiger Inhalt des Testaments vorausgesetzt, ebenso wie auch der Röm. Begriff von Erbantretung (Art. 35.). Es hat also diese Unnöthigkeit der Institution hier eine ganz andere Bedeutung, als wenn wir sagen, daß sie dem Lübischen und den in Note 3. citirten Rechten unbekannt sei, indem nämlich die Röm. Begriffe schon ganz recipirt sind, nur mit Ausnahme des einen Satzes, daß durch den Mangel der Institution das Testament vernichtet werde. Vielmehr gilt es nun als Codicill. — So ist denn auch die Römische Legatenlehre (Tit. 2.) und überhaupt der volle Begriff des Erbseins angenommen, namentlich mit der Folge, daß nach Antretung der Erbschaft („so er sich einmahl der Erbschaft unterzieht") die Verpflichtung zur Schulden- („alle des verstorbenen Schulde") und Legatenzahlung eintritt, wogegen man sich nur durch das **benef. inventarii** schützen könne (Tit. 7.).

Bis hieher finden wir also volle Reception der Römischen Begriffe, aber schlecht paßt dazu das III. 1. Art. 4—14. anerkannte Recht der nächsten Erben auf das Erbgut, wobei im Art. 4. noch ganz wie in den Rechten der Note 3. nur vom Testament über das wohlgewonnene Gut die Rede ist, welches man nach Abzug der Schulden beliebig vergeben könne. Hier findet sich also durchaus die Deutsche Rechtsanschauung, daß es eine Singularsuccession **deducto aere alieno** begründe, wobei eigentlich nur der Ueberschuß als vermacht erscheint, und also von einer Haftung für die Schulden über die **activa** hinaus gar nicht die Rede sein kann.

Wenn man nun übrigens irgend einen Zusammenbestehen dieser heterogenen Elemente durchführen will, so darf man nicht, lediglich auf diesen Art. 4. gestützt, sagen, die Hamburger Reformation kenne die Röm. U. S. noch nicht [5]), sondern da der Art. 4. auch so interpretirt werden kann, daß er den an anderen Stellen entschieden aufgenommenen Röm. Principien nicht widerspricht, so müssen wir umgekehrt sagen, der Begriff der U. S. bilde bereits die juristische Grundlage der Testamentenlehre, und trete vollkommen ein, wenn der Erblasser kein Erbgut hat; wogegen, wenn dies vorhanden ist, die nächsten Erben ihr gesetzliches Recht darauf als eine aus der U. S., wie ein Vermächtniß, abzutrennende Singularsuccession geltend machen. Aber auch dies kann durch die Einwilligung der nächsten Erben wegfallen. Daß die Erbgüter von bedeutendem Werth sein können, darauf kommt natürlich nichts an.

Ab intestato (Tit. 3.) fallen bei beerbter Ehe die Güter auf den Ueberlebenden und die Kinder. Bei unbeerbter Ehe hat der Ueberl. ein Jahr lang Wohnung und Unterhalt nebst dem Gesinde aus den Gütern, erhält aber von der Substanz nichts [6]), vielmehr fällt das Vermögen in Ermangelung von Kindern gleich auf die Eltern, dann vollb. Geschwister und Geschwisterkinder, darauf Großeltern und Halbgeschwister, zuletzt die übrigen Seitenverwandten.

5. Lüneburgsche reformirte Statute 1722. Die Erbeseinsetzung sowie die Berücksichtigung des Röm. Pflichttheilsrechts werden als wesentliche Erfordernisse des Testaments hervorgehoben (**IV.** Tit. 2. Tit. 3. pr.). Daneben (Tit. 8.) bestehen Uebergaben auf den Todesfall vor 2. Rathmannen oder ausnahmsweise 2. Zeugen und Notar. Das Reservatum fällt ebenso wie im Sächsischen Recht den nächsten Blutsfreunden zu. **Ab intest.** bei Desc., Asc. und Seitenverwandten fast ganz Röm. Recht, nur gehen die Eltern wie in Hamburg den Geschwistern vor (**V.** Tit. 1—4.). Die Successsion der Ehegatten mit und ohne Kinder ist eigenthümlich Deutsches Recht (**VI.** Theil). Von Erbantretung ist gar nicht die Rede.

b. Celleſches Stadtrecht (Erste Ausgabe von Bil-

5) Gerber das wissenschaftl. Princip. S. 208.

6) Er theilt nicht, wie Gerber a. a. O. meint, mit den Blutsfreunden.

derbeck. 1712.). Tit. 10. Ein Testament ohne Erbeinsetzung ist ungültig. Den De- und Ascendenten soll ganz nach gemeinem Recht die **legitima** hinterlassen werden. Tit. 11. Die Erbnahme ist nach Inhalt und Ausweisung des Testaments zu halten. Die Güter sollen verschlossen werden, und nach dem Begräbniß hat der Erbe beim Bürgermeister auf Errichtung eines Inventars anzutragen. **Ab int.** ganz die Klassen der Nov. 118. (bei den Descendenten die Bestimmung, die sich auch anderwärts findet, daß der jüngste Sohn das Haus erhält). Tit. 12—15.

Die Frau bekommt (Tit. 16.) beim Tode des Mannes ihr zugebrachtes und angefallen Gut, so wie die Gerade, kann aber auch mit ihren eigenen Kindern in den Gütern sitzen bleiben. Ist die Ehe kinderlos, so erhält der überlebende Ehegatte das ganze Vermögen [7]), und es werden für ihn die **poenae secund. nupt.** in beschränkter Weise aus d. R. R. anerkannt. — Neben der U. S. besteht hier auch noch das Recht des von der Schwerdtseite Verwandten auf das Heergewette, was hier also, ebenso wie nach Hamburger Recht die Erbgüter, als eine neben der U. S. geltende gesetzliche Singularsuccession erscheint (Tit. 18.). Daß man den Begriff der U. S. vollkommen anerkannte, erhellt aus folgenden Worten des Tit. 19. „Wer Erbe nimmt (d. h. die Erbschaft antritt), muß auch die Schuld bezahlen und die Beschwerungen tragen. Von Uebergaben, Legaten und Geschäften dagegen ist man nicht pflichtig Schulden zu bezahlen, es sei denn, daß ohne die die Schuld nicht mag bezahlet, und den Erben ihre **legitima** und gebührlicher Antheil werden."

7. Es ist von Interesse mit dem Bisherigen den Rechts-

7) Ich weiß nicht, ob dies Deutsches Recht ist, oder eine eigenthümliche Ausdehnung der b. p. vir et uxor? (s. unten Aehnliches im Böhmischen Recht, wonach aber ein wahrer Universalerbvertrag geschlossen sein muß). Man könnte vielleicht sagen, daß das Erbrecht des Ehegatten sich im Celleschen Recht auf die Präsumtion eines Erbvertrages stütze, welcher früher so wie im Böhmischen R. ausdrücklich errichtet werden mußte, und dessen Wirkung man dann allgemein annahm, auch wenn er im einzelnen Fall unterblieben war. Dadurch wäre denn eine Erklärung des Rechtssatzes aus dem R. R. ausgeschlossen.

zustand von Liv- und Esthland zu vergleichen, welcher ganz unserm gemeinen Rechte entspricht. Durch das Werk v. Bunge's haben wir davon sichere Kunde. Ueber das Erbrecht der Blutsverwandten s. v. Bunge, II. Thl. §. 364 ff. Hinter diesen wird auch hier der Ehegatte auf das ganze Vermögen gerufen (d. b. p. unde vir et uxor) §. 363. Note f. und darauf die Corporationen und der Fiskus §. 374. 75. — Der Begriff der Römischen U. S. ist durchaus dem Erbrechte zum Grunde gelegt, aber auch hier besteht daneben, wie im Hamburger und Celler Stadtrecht, das Recht der nächsten Erben auf die Erbgüter, und des ältesten Sohnes etc. auf das Heergewette §. 370. 373. — Die Erbantretung ist allgemein die her. ad., aus der auch ganz die Röm. Folge der vollen Schuldenzahlung hervorgeht. v. Bunge stellt es (§. 401. 402.) für Livland scheinbar anders dar. Es gilt aber im Grunde dort nichts, als ein etwas modificirtes benef. inventarii, indem nur unter dieser Voraussetzung der Erbe lediglich bis zum Bestande der Masse die Schulden zu zahlen hat. Das Recht der Prätorischen Agnition ist entschieden unpractisch §. 100. Note b.

8. Kehren wir nun nach Deutschland zurück. Das Böhmische Recht 1592. [8]) enthält, freilich mit mancherlei Verkehrtheiten, ganz die Römischen Rechtsbegriffe der Universalsucc. und der Schuldenzahlung [9]) (c. 25. F. 17—19.). Die Suc-

8) „Das Behmisch Recht. Wie dasselbe in des Königreichs Beheim neuen Stadt Prag in üblichem Brauch gehalten wird. Leipzig bei Henning Grossen. 1607." — Laut der Vorrede scheint es überhaupt das Stadtrecht von Böhmen, nicht bloß von Prag, zu sein.

9) der Art. 19. ist interessant auch in Beziehung auf die Erbverträge. Er lautet: „Alle und jede Erbschaften entspringen und kommen her entweder von Stammen nach der Freundschaft durch derselben Absterben, oder durch ordentlich Testament, oder durch freiwillige übergegebene Verschreibung unnd Abtretung der Güter. Der Erbe soll gleichfalls so vollkömliche macht und gewalt haben in allem als sein Vorfahrer gehabt. Der Erbe soll seines verstorbenen Vorfahren Schulden zahlen, denn die Gläubiger sind die ersten und fürnembsten Erben in des Schuldners Güter. Die Inhaber der Güter sind so wohl als die Erben zur zahlung der Schulden verbunden." Dieser letztere Satz, der im folgenden Artikel noch weiter erklärt wird, scheint sich nur auf die Schulden zu beziehen „die auf dem Gute versichert sein." — Rücksichtlich des Erbvertrages sieht man aus den Worten Verschreibung

cession **ab int.** ist ganz dem R. R. gemäß, indeß werden die Cognaten nur bis zum 10. Grade gerufen (s. oben §. 183. Note 9.), in deren Ermangelung die Erbschaft, wenn auch kein Testament gemacht ist „zugeht und verlischt“ (c. 24. F. 15.). Der Ehemann soll beim Tode des Weibes das Gut „vor den Kindern innehalten und regieren“ (c. 17. C. 57.), die Frau theilt beim Tode des Mannes mit den Kindern zu gleichen Theilen, in deren Ermangelung bekommt sie das ganze Gut (c. 17. C. 61.), sobald sich überhaupt die Ehegatten ihr ganzes gegenwärtiges und künftiges Gut „zu erblichem Besitz und Regierung“ gegenseitig aufgegeben haben (Erbvertrag).

Die Erbschaftsantretung ist ganz die **her. ad.**: *„wenn* er in die **possession** des Gutes eingeht.“ Alsdann muß der testamentarische Erbe (von diesem ist hier nur die Rede, aber es soll gewiß auch bei den Erben aus Blutsfreundschaft und Erbvertrag nicht anders sein) die Schulden zahlen, wenn er nicht ein Inventar macht, zu dessen Errichtung er sich in 6 Wochen bereit erklären muß (c. 22. E. 27.). Zur Gültigkeit des Testaments gehört, daß ein Erbe ernannt sei, Erbe ist aber der, welchem „ein mehrer Theil eines Guts“ hinterlassen wird! (c. 22. D. 33.)

9. Nürnberger Reformation. 1564. Auch hier finden wir ganz die Grundlage der Röm. Begriffe. Der Erbe hat für die Antretung eine Deliberationsfrist (welche in 3 Monate eingeschlossen ist), und vor den bösen Folgen der Antretung kann er sich nur durch das Inventar schützen. Tit. 29. Ges. 16. Tit. 38. Ges. 1. In dieser letzteren Stelle wird denn auch gesagt, daß aus der Errichtung des Inventars das Recht auf die **Quarta Falcidia** folgt, was zu der Aufhebung derselben in Tit. 29. Ges. 10. gar nicht paßt. — Der Begriff des Erbeseins ist vollkommen anerkannt, die Legatare sollen sich an ihn halten (Tit. 31. Ges. 1.). Vorher sind die

---

und Abtretung der Güter, daß hier das alte Moment der Vergabungen, die Ueberlassung der Gewere, auch beim Erbeinsetzungsvertrage festgehalten wird, wie auch das im Texte angeführte Beispiel des gegenseitigen Erbvertrages unter Ehegatten sehr deutlich zeigt. Dies spricht für Albrechts Ansicht. (s. Note 1.).

Schulden zu bezahlen (Tit. 31. Ges. 2.). Indessen ist die Erbeseinsetzung kein wesentliches Erforderniß für Gültigkeit des Testaments, was ebenso wie im Hamburger Recht zu erklären ist. Dagegen findet sich das Römische Pflichttheilsrecht anerkannt (Tit. 29. Ges. 9.). **Ab int.** enthält Tit. 33. über die Erbschaft der Ehegatten Deutsches Recht. Im Uebrigen sind die Klassen der Novelle 118. angenommen (Tit. 34. 35.).

Die Nürnberger Reformation ist aber deßhalb von besonderem Interesse, weil sie in einem eigenen Titel (37.) die Lehre vom gerichtlichen Einsatz enthält. Es ist dies für unser folgendes Kapitel von Wichtigkeit. Der eingesetzte Erbe hat das nächste Recht auf den Einsatz (Ges. 1.) „ungeacht obgleich dasselbig Testament oder letzter Wille gestritten oder disputirt wurde." Ges. 2: Wenn kein Testament da ist, oder die eingesetzten Erben den Einsatz nicht erlangt haben, so werden „die nächsten Freunde zu gleichem Geprauch und Genieß der verlassenen Güter auf ihr Begehren eingesetzt"; wobei der Nächste dem weiteren vorgeht [10]). In beiden Fällen sollen aber die Erben die Erbschaft unverzüglich annehmen, sonst werden die Gläubiger zugelassen, sich zu den Gütern zu thun. Hat nun Jemand Einreden gegen den Einsatz, so soll er sie in 8 Tagen vorbringen, wo nicht, so wird der Gegner gegen Caution eingesetzt, oder (offenbar wenn keine Caution geleistet wird) die Güter sollen in Verwahrung genommen, und zum förderlichsten erkannt werden, „welcher under ihnen oder ob sie beed, oder jeder zu seinen Rechten eingesetzt werden soll." — „So aber (Ges. 1.) der Inhaber der Güter sich deß aus ansehnlichen Ursachen weigern wurde, steht einem Rath bevor auf ansuchen und verhör der Parteien mit oder außerhalb der gerichtlicher Ordnung die Gepür zu verschaffen, unvergriffentlich ains jeden Gerechtigkeit des Aigenthumbs und derselben ordentliche Ausführung halben" [11]). — Wenn dann

10) v. Weber (Darstellung der Provinzialrechte Baierns II. S. 870) sagt nach dieser Stelle, das **Rem. ex l. ult. C. de ed. div. H. toll.** stehe also auch den Intestaterben zu. Es ist aber offenbar die Verbindung der **missio Hadriana** und des **Int. quor. bon.** zu einem einzigen Institut.

11) Man kann hier die Uebersetzung aus dem R. R. „**sin autem ali-**

hinterdrein dem Eingeſetzten (Geſ. 3.) durch Proceß (offenbar die **her. pet.**) die Güter aberkannt werden, ſo muß der **mal. fid. possessor** alle Nutzung erſetzen, der **pro her. possessor** aber erſt von der **litiscont.** an.

10. In der Frankfurter Reformation iſt in Bezug auf die Erbſchaftsantretung nur von der Inventars- und Deliberationsfriſt die Rede, welche Letztere auf 2 Monate für abweſende Berufene beſchränkt iſt (VI. 1. §. 1. 2.). Man kennt dort, ebenſo wie in Nürnberg, die Lehre vom Einſatz, denn in den Anmerkungen zur Reformation (dritte Fortſetzung S. 5. der Ausgabe von 1751.) wird ein Fall angeführt, wo nach den Grundſätzen des gemeinen Rechtes, der Kläger mit dem **Int. quor. bon.** ſiegt, und ausdrücklich anerkannt wird, daß der Anſtellung deſſelben nur die 30 jährige Verjährung entgegenſtehe, da der Berufene nicht von den Gläubigern zur Erbittung eines **spatium deliberandi** aufgefordert ſei. Von den Friſten der **b. p.** iſt dagegen gar nicht die Rede.

11. Statuten von Worms 1534. Im Teſtament ſoll ein Erbe eingeſetzt ſein (IV. 3. Tit. 1.). Ein teſtamentariſcher Erbe ſoll in 4 Monaten (Auswärtige in 1 Jahr) erklären, ob er Erbe werden will; dann hat er alle Schulden zu zahlen, wenn er dagegen ein Inventar macht, ſo haftet er Gläubigern und Legataren ſoweit die Erbſchaft reicht (**eod.** Tit. 10.). **Ab int.** beſtehen für die Blutsverwandten ganz die Klaſſen der Novelle (IV. 4. Tit. 1.). Der Ehegatte erhält die Errungenſchaft, und kann auch in den Gütern ſitzen bleiben.

12. Gericht- und Landordnung von Solms und Minzenberg 1571. (von Fichard). Die bisherige Gewohnheit, daß Uebergaben auf den Todesfall „nur ungehabt und ungeſtabt underm Himmel oder für Gericht“ geſchehen könnten, wird aufgehoben, und das Römiſche Teſtament, als das Bequemere (mit freieren Formen), an die Stelle geſetzt. (Tit. 23.). Die Erbeinſetzung der De- und Aſcendenten, ſo

---

quis contradictor exstiterit“ und „secunda actione proprietatis non exclusa“ gar nicht verkennen.

wie überhaupt die Erbeinsetzung werden für nothwendige Theile des Testaments erklärt. — Die Intestatklassen der Verwandtschaft (Tit. 24. ff.) sind ganz aus dem Römischen Rechte geschöpft. Daß hinter den Verwandten der überlebende Ehegatte das ganze Vermögen erhalte, wird ebenfalls aus dem R. R. anerkannt, aber, da dies selten vorkomme, nicht für genügend erachtet, weßhalb denn zu seiner besseren Berechtigung Deutschrechtliche Sätze daneben stehen. (Tit. 28.). Die Anerkennung des Römischen Erbschaftsbegriffes auch **ab intestato** sieht man schon aus Tit. 25.: „so erben dieselben Kindern alle väterliche und mütterliche Erbgüter, leygend und fahrend, nichts ausgenommen."

13. Churfürstlich Pfälzisches Landrecht. 1606. (erneuert 1657 u. 1698). Dies enthält eine besonders vollständige Annahme des R. R. — Die Erbeinsetzung ist bei Testamenten nothwendig (II. 9.), und es wird überhaupt sehr ausführlich die Röm. Testamentenlehre dargestellt. In Tit. 17. findet sich bei Gelegenheit der Erbschaftsantretung die volle Anerkennung des Begriffs der U. S., und der Römischen Regeln von der **her. ad.**, dem **spat. deliber.** und dem **benef. invent.** — **Ab int.** ganz die Klassen der Nov. 118., hinterdrein das Erbrecht des überlebenden Ehegatten in Vorzug vor dem Fiskus, fast ganz mit den Worten des Solmsischen Rechts (III. 11.)[12]). Daher werden auch hier, da sich dies Erbrecht des Ehegatten selten zutrage, demselben noch Deutschrechtliche Erbbefugnisse zugestanden.

14. Nassau Katzenellenbogische Landordnung 1616. — Die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung bei Testamenten (III. 4. Art. 2.), ferner das Römische materielle Notherbrecht, und die civilen Regeln der Erbantretung (Cap. 11.) werden anerkannt. Um sich vor den nachtheiligen Folgen der letzteren zu schützen, habe das gemeine Recht zwei Wege, das **jus deliberandi** und das **benef. inventarii**. Beide sind hier beibehalten. — **Ab intestato** finden sich die Klassen der Nov. 118. (IV. 1.—5.), und von den Ehegatten heißt es sodann (Cap. 6.),

12) „Alsdann erst haben die gemeine beschriebene Recht dem überlebenden Ehegemahl, Manns oder Frawen Person, deß verstorbenen Ehegemächts Verlassenschaft zu erben zugelassen, und dem **Fisco** vorgezogen, bei welcher Verordnung wir es lassen bewenden."

die Verordnung gemeiner Kaiſerlicher Rechten, daß Ehegatten einander erben mögen, wenn „das abgeſtorbene Ehegemahl keine Blutsverwandten (**b. p. unde vir et uxor**), oder das letztlebende ſonſten von großer Armuth wegen nichts zu leben hätte“ (**portio conjugis inopis**), — ſei hier zu Lande nie angewandt worden, und daher ſolle es bei dem uralten Gebrauch ſein Bewenden haben, daß der Ueberlebende, gegen Bezahlung aller Schulden, die Fahrniß und die Hälfte der Errungenſchaft, an der anderen Hälfte dagegen ſo wie an allen übrigen Gütern den Nießbrauch erhält.

15. Landrecht des Erzſtifts Trier. 1668. erneuert 1753. Hierin iſt am meiſten von allen Landrechten die äußere Ausdrucksweiſe dem Römiſchen Rechte, oder vielmehr den Romaniſten entlehnt. — Die Erbeinſetzung im Teſtamente wird nicht für nöthig erklärt. (Tit. 1. §. 26.). **Ab int.** ſind zuerſt die Klaſſen der Nov. anerkannt, und hinterdrein heißt es auch hier von den Ehegatten, deren gemeinrechtliche Erbbefugniſſe (**b. p. unde vir et uxor**, und **portio conj. inop.**) ſeien hier nicht gebräuchlich, ſondern es gelten dieſelben Gewohnheiten wie in Naſſau, welche nur im Einzelnen noch umgeſtaltet werden. (Tit. 6.). Die Römiſche Antretung mit ihren Folgen gilt vollſtändig, indeß iſt ſie allgemein in eine dreimonatliche Friſt eingeſchränkt. Um ſich vor Schaden zu ſchützen, müſſe man ein Inventar machen.

16. Churf. Mainziſches Landrecht. 1755. Sehr vollſtändige Aufnahme des Röm. Rechts in der Teſtamentenlehre (Tit. 8. ff.), wobei auch gelegentlich das **testamentum ruptum**, welches durch Prätoriſches Recht aufrecht erhalten wurde, erwähnt wird [13]). **Ab intestato** wird hinter den Klaſſen der Nov. 118. das Erbrecht des überlebenden Ehegatten anerkannt [14]). Das Notherbenrecht iſt das Röm. Pflichttheils-

13) Tit. 13. §. 9. „Stürbe aber ein nach gemachtem Teſtamente gebohrenes Kind annoch bei Leben ſeiner Eltern, ſo bleibt ein ſolches vor der Geburt ſothanen Kindes gemachtes Teſtament dennoch bei ſeinen Kräften.“ Von der Agnition der b. p. welche bei einem ſolchen Teſtament noch nöthig wäre, iſt gar nicht die Rede.

14) Tit. 14. § 10. „Verlaſſet aber der Verſtorbene keine Erben — aus der Zwerch-Linie bis zum zehenden Grad, (ebenſo wie im Böh-

recht (Tit. 9.), und die Erbantretung ganz die **hereditatis aditio** mit dem **spatium deliberandi** (von 3 Monaten), und dem **benef. inventarii**. (Tit. 15.).

17. Würtembergsches Landrecht 1567. (1555). Die Erbeinsetzung ist nöthig zur Gültigkeit des Testaments, indeß soll es auf die Worte nicht ankommen (3 Thl. Tit. „von Einsetzung d. Erben"). Der Erbe **ab int.** oder **ex test.** ist alle Schulden und Legate zu zahlen verpflichtet, damit aber die Erbschaften „ohn Schaden adiert werden, soll das geschriebene Recht des Inventars ingehalten werden," nur mit Beschränkung der Formalitäten (Tit. „von Annehmung der Erbsch."). Beim Intestaterbrecht sind Klagen über die vielen verschiedenen Ortsgebräuche vorausgeschickt, welche nun hier geordnet und geläutert werden. Es sind die Deutschrechtlichen Lehren über die Vererbung bei Concurrenz der Ehegatten. Im Uebrigen bestehen die Klassen der Nov. 118., und zuletzt wird noch besonders das gemeine Recht „für alle übrige ledige Erbfälle" bestätigt.

18. Landrecht des Fürstenthums Ober- u. Nieder-Bayern 1616. Bei den Vorschriften über die Testamente werden (Tit. 34. Art. 16.) die bisherigen Ortsgewohnheiten ausdrücklich anerkannt, obgleich angerathen wird, die Vorschriften des Landrechts zu observiren. Im Tit. 35. Art. 1. wird die Erbeinsetzung für ein wesentliches Stück des Testaments erklärt. Im Tit. 40. u. 41. sind ganz die Klassen der Nov. 118. anerkannt, dagegen gelten für die Ehegatten besondere Bestimmungen. Die Frau erhält, wenn Kinder vorhanden sind, die Errungenschaft, und Kindestheil am Vermögen des Mannes, der Mann dagegen die Errungenschaft nebst dem Nießbrauch an dem ihm bestimmten Heirathsgut. Wenn keine Kinder da sind, so bekommen die nächsten Erben das Vermögen, der überlebende Ehegatte aber die Errungenschaft,

---

mischen Recht) **juxta computationem civilem** d. i., nach den gemeinen weltlichen Rechten, so succedirt ihme der letztüberbliebene Ehegatt, welches aber nicht auf die würklich verlobte Braut oder Bräutigam, sondern nur auf die wirklich verheirathete zu verstehen ist." (Manche Schriftsteller hatten nämlich die **b. p. unde vir et uxor** auch auf Brautleute ausdehnen wollen).

jedoch zur Hälfte nur zu Nießbrauch (Tit. 1. Art. 1. 3. u. 4.). Es wird ausdrücklich dabei bemerkt, daß die **portio conjugis inopis** „in diesen Fürstenthumben nie in Uebung gewesen." — Jeder berufene Erbe (mit oder one Geschäfft) soll ein Inventar machen (Tit. 43. Art. 1. 3. u. 4.), und kann dann hinterdrein noch die Erbschaft ausschlagen; nimmt er sie aber an, so hat er ganz die Begünstigungen des gemeinen Rechts. Tritt er die Erbschaft ohne Inventar an, so lasten alle Schulden auf ihm; benutzt er vor Errichtung des Inventars die fahrenden Güter, oder fordert er Schulden ein, so sind ihm die Begünstigungen des Inventars entzogen.

Ueber die Gültigkeit der **b. p.** in Baiern spricht dann der **Codex Maximil. Bavaricus** (1756.) noch genauer. „Soviel die sogenannte **Hereditatem praetoriam** oder **bonorum possessionem** (wie sie in den Römischen Rechten beschrieben wird) belangt, so ist solche heutzutag nicht mehr in Gebrauch" (**III. 1. §. 2.**), ausgenommen die **missio ventris nomine** und **Carboniana** (**III. 1. §. 12. 13.**). Demgemäß wird auch sogar das **Int. quor. bon.** für unanwendbar (**III. 1. §. 10.**) und nur noch die **missio Hadriana** für üblich erklärt. Ferner wird ausdrücklich auch die **b. p. unde vir et uxor**, sogut wie die **portio conjugis inopis** „als in hiesigen Landen niemals üblich" hervorgehoben (**I. 6, §. 35. III. 12. §. 5.**). Dagegen sind die Prätorischen Erweiterungen der testamentarischen Erbfolge, z. B. daß der **sub conditione** Institutirte [15]) gegen Caution zugelassen wird (**III. 1. §. 10.**), daß das durch einen vor dem Erblasser verstorbenen **postumus** rumpirte Testament reconvalescirt (**III. 3. §. 25.**), anerkannt.

19. **Baseler Gerichtsordnung 1719.** Es bestehen geringere Testamentsformalitäten, aber man kennt auch die des gemeinen Rechts. Wenn man De- oder Ascendenten hat, so kann man, in Ermangelung von Enterbungsgründen, gar kein Testament machen (Art. 438. 439. 513 ff.). Die Erbeseinsetzung ist nicht nöthig, wird aber doch als regelmäßiger Inhalt des Testaments angenommen (Art. 488.). Dabei ist dann der Röm. Begriff der Universalsuccession vollkommen anerkannt,

15) Von einer Erbittung der b. p. von Seiten des bedingt Eingesetzten ist erklärlicher Weise gar nicht die Rede.

(s. übrigens §. 174. Note 2). Die Römische Erbantretung gilt mit ihren Folgen der vollen Schuldentilgung und Legatenzahlung, wofern man nicht das **beneficium** des Inventars (das von der Gerichtsschreiberei gemacht wird) für sich hat (Art. 534.). **Ab intestato** gelten mancherlei Eigenthümlichkeiten. Von den überlebenden Ehegatten erhält der Mann 2/3, die Frau 1/3 der Erbschaft. (Art. 469.). Im Uebrigen erben zuerst die Descendenten (Art. 577. ff.), dann die Eltern (Art. 597.), dann Großeltern (stets **in capita**) mit den Geschwistern (von einem oder beiden Banden) und Geschwisterkindern. (Art. 602. 604.). Zuletzt alle übrigen Cognaten nach Gradesnähe **in capita** [16]).

Das Recht des Einsatzes wird für testamentarische Erben beiläufig anerkannt, (Art 498): „auch wenn von Niemand kein Einred beschicht, die Erben in die Güter eingesetzt, da aber von Jemandem dergleichen beschehe, deme ein kurzer Termin zur Einbringung seiner Einred angesetzt, und wenn etliche um den **Possess** streiten, die Erbschaft sequestrirt werden; der dann **in possessorio** oblieget, gegen den mag der andere **in petitorio** klagen."

§. 188. Das in dem vorigen §. zusammengestellte Material wird genügen, um mit Sicherheit die Art und Weise, wie das Römische Erbrecht gemeinrechtlich recipirt worden ist, beurtheilen zu können. Bekanntlich wird der Beweis von der gemeinrechtlichen Geltung eines Rechtssatzes nicht dadurch geführt, daß man darthut, in allen Districten Deutschlands komme derselbe in der That zur Anwendung. Es kann allgemeines Recht geben, was dennoch nicht gemeines ist, und umgekehrt gemeines Recht, was keineswegs allgemein zur Anwendung kommt. Die Bedeutung von allgemeinem Recht enthält bloß das factische Moment der allenthalben verbreiteten Geltung, der Begriff des gemeinen Rechts setzt voraus, daß an jedem einzelnen Orte das Rechtsbewußtsein vorhanden ist, der fragliche Rechtssatz gelte allenthalben als ein gemeinsamer. Diesem Rechtsbewußtsein widerspricht es dann gar nicht, daß

16) s. überhaupt Wunderlich in der Zeitschr. f. Deutsch. Recht VI. S. 201. ff.

in bestimmten Districten der gemeinrechtliche Satz wegen entgegenstehenden Particularrechts nicht zur Anwendung kommt. Die von mir angeführten Stadt- und Landrechte würden nicht genügen zum Nachweise der factisch- allgemeinen Geltung, für das gemeinrechtliche Bestehen der uns interessirenden Punkte sind sie dagegen durchaus hinreichend. Wenn in diesen Rechtsbüchern die Principien der Universalsuccession, der Erbantretung, des Deliberationsrechts und Inventars u. s. w. ausgeführt werden, so wird entweder ausdrücklich hinzugesetzt, oder es ist wenigstens aus der ganzen Fassung unzweifelhaft zu ersehen, daß dies gemeines Recht sei. Man wollte also bei der Aufnahme dieser Rechtsinstitute kein particulares Recht aufstellen, sondern man wollte nur das, was durch entschiedenes Rechtsbewußtsein als gemeinrechtlich anerkannt war, der Praxis des einzelnen Landes leicht faßlich und zugänglich machen. Wenn wir also ein Institut in dieser Weise durch die angeführten Rechtsbücher sich hindurchziehen sehen, so wird dadurch seine gemeinrechtliche Geltung übergenug dargethan, und offenbar sind für diesen Zweck diejenigen Landrechte ebenso beweisend, welche das als gemeinrechtlich anerkannte Institut (wie z. B. in Nassau, Trier und Baiern die **b. p. unde vir et uxor**) in Folge particularen Gewohnheitsrechts ausschließen, — als wie jene anderen, welche umgekehrt das gemeine Recht auch in dem einzelnen Lande für anwendbar erklären.

Hiernach lassen sich aus dem Inhalte des vorigen §. leicht folgende Resultate ziehen:

Der Begriff der Universalsuccession ist in Deutschland als ein gemeinrechtlicher entschieden für die testamentarische, notherbenrechtliche und Intestatsuccession recipirt. Es wird wohl nicht als einseitige Vorliebe für das Römische Recht ausgelegt werden, wenn man sagt, daß unser Erbrecht dadurch einen passenden Grundbegriff gewonnen hat. Aber es wäre unpassend gewesen, wenn man neben den civilrechtlichen Regeln, wie diese U. S. deferirt und acquirirt wird, auch noch die abweichenden Regeln der Prätorischen Delation (**successorium edictum**) und Agnition festgehalten hätte. Und so hat denn auch ein sehr einleuchtendes practisches Bedürfniß, ebenso entschieden wie man jene annahm, dahin geführt, diese Letzteren auszu-

schließen, obgleich man allgemein der Ueberzeugung war, daß sich Beide im Justinianeischen Rechte noch geschlossen gegenüberständen. Es sind die selbständigen Klassen des Prätorischen Rechtes wenigstens theilweise anerkannt, aber die Prätorischen Delations- und Agnitionsregeln, als eine nothwendige Handlung für den Prätorischen Erben, und als eine vortheilhafte für den Civilerben, sind hinweggefallen.

1. In Beziehung auf die einzelnen Erbklassen ist zuerst für die Geltung der c. t. b. p. aus den angeführten Rechtsbüchern am wenigsten zu ersehen. Es wird freilich überall nur vom Pflichttheilsrecht, wie es durch die Novelle 115. umgestaltet worden war, gesprochen, aber doch immer nur in einer Weise, daß man nicht sieht, ob die Weglassung des formellen Notherbenrechtes aus dem entschiedenen Rechtsbewußtsein seiner Unanwendbarkeit hervorgegangen ist. Die Rechtsbücher lassen hier auch immer die Möglichkeit offen, daß man es nicht aufnahm, weil es sich nur auf einen kleinen Kreis von Personen bezieht [1]), und weil deßhalb die Redaction einer weitläuftigen Rechtslehre nicht der Mühe werth schien. Nur beim Vorhandensein jenes Rechtsbewußtseins würden uns die Rechtsbücher von sicherer Beweiskraft sein. Aber von der anderen Seite ist doch wenigstens auch das klar, daß gar keine positiven Data für die Aufnahme des formellen N. E. R. vorliegen, und daß dies in seiner für Deutschland unpassenden Gestaltung seinen Grund hat. Man kann also höchstens sagen, es sei noch von denen fortgeschleppt worden, welche es im Justinianeischen Rechte für unaufgehoben hielten [2]), und jedenfalls muß es daher, wenn sich diese Ansicht als unbegründet erweist, aus dem praktischen Rechte gestrichen werden.

1) So z. B. wird auch in den meisten Rechtsbüchern das beschränkte Recht der Geschwister auf die inoff. querela ausgelassen, ohne daß man daraus auf dessen Unanwendbarkeit schließen dürfte.

2) Ueberhaupt hat im Notherbenrecht die Deutsche Rechtsentwicklung sich sehr schlaff und unlebendig gezeigt, während man doch mit gewissen aus dem Römischen Recht bei uns eingebürgerten Principien gar nicht schwer zu einer viel einfacheren Gestaltung hätte fortschreiten können. Hier bleibt daher der Gegenwart die Pflicht, das auszuführen, was die Vergangenheit versäumt hat.

Die Erweiterungen, welche der Prätor in der testamentarischen Erbfolge durch die **sec. tab. b. p.** veranlaßt hatte, sind unzweifelhaft als Theil der gesammten Testamentslehre gemeinrechtlich recipirt. Es ist erklärlich, daß in den Rechtsbüchern nur selten Gelegenheit war, von diesen einzelnen singulären Fällen zu sprechen, aber wir sehen daraus gerade, daß man überhaupt alle hierher gehörigen Fälle als gültig annahm (s. d. vor. §. Nro. 3. 16. 18.).

Die **b. p. unde vir et uxor** ist die einzige selbständige Erbklasse, welche aus dem Prätorischen Rechte in das heutige sich herübergezogen hat, und so konnte es denn auch nur hier recht klar hervortreten, wie das Deutsche Rechtsbewußtsein die **b. p.** behandele. Ich glaube, es wird aus den angeführten Stadt- und Landrechten zur Genüge das bestätigt sein, was ich oben (§. 184. Nro. 1. c.) als Resultat der Doctrin bereits angab. In manchen Rechtsbüchern wird sie allerdings nicht erwähnt, in anderen dagegen geradezu ausgeschlossen, aber selbst von diesen letzteren dienen uns, wie ich schon bemerkte, mehre zum sicheren Beweise, daß man diese Klasse als gemeinrechtliche durchaus anerkannte. Was nun aber hier von ganz besonderer Wichtigkeit erscheint, ist, daß nirgends, wenn von ihr als einer anwendbaren oder unzulässigen gesprochen wird, sich der Ausdruck **b. p. unde vir et uxor** findet, wonach man allenfalls noch meinen könnte, es seien damit auch die Prätorischen Antretungsregeln zugelassen. Vielmehr wird in der Art, wie der Ehegatte das Vermögen erbt, auch im Ausdruck gar kein Unterschied von den Klassen der Novelle 118. gemacht. Beides, das Recht der Verwandten und das der Ehegatten sind offenbar als ganz gleichartiges gemeines Recht angenommen.

Die **missio ventris nomine** und **Carboniana** sind nur Nebeninstitute der **b. p.**, es war in den Rechtsbüchern keine Gelegenheit sie zu erwähnen. Aber wie unzweifelhaft ihre gemeinrechtliche Geltung ist, zeigt der **Cod. Max. Bavar.**, der gerade sie allein noch anerkennt, während er im Uebrigen Manches, was entschiedene gemeinrechtliche Gültigkeit hat, ausschließt.

2. Die Delation und Acquisition der Erbschaft ist, wie der vorige §. genügend gezeigt haben wird, bei allen Klassen

das Römische Civilrecht (**her. aditio, spatium deliberandi, und beneficium inventarii**). Es finden sich hiebei in Beziehung auf die Zeitfristen, sowie die Folgen ihrer Versäumung mancherlei particuläre Verschiedenheiten, aber die Grundbegriffe, auf die es hier allein ankommt, sind allen Rechtsbüchern gemein, und unverändert die des Römischen Rechts. Ich glaube, wer diese Rechtsbücher auch nur mit geringer Aufmerksamkeit durchliest, wird nothwendig die Ueberzeugung gewinnen, daß hier von folgenden zwei an und für sich denkbaren Zweifeln gar nicht die Rede sein kann.

Der eine ist, daß man meinte, es seien die Römischen civilrechtlichen Erwerbsregeln mit allen sich daran knüpfenden Folgerungen überhaupt nur particularrechtlich in einzelnen Ländern recipirt. Wer aber bedenkt, daß in den meisten Rechtsbüchern es ausdrücklich hervorgehoben wird, man zeichne hier nur das gemeine Recht auf, daß, auch wo dies nicht geschieht, die Absicht unverkennbar ist, mit Anerkennung des Römischen Rechts nur einzelne particuläre Eigenthümlichkeiten für die Deliberationsfrist, die Form der Inventare anzuordnen, — der wird zugestehen, daß eine solche Ansicht aller Begründung entbehrt. Es ist also vielmehr umgekehrt, das Römische Civilrecht ist bei uns die gemeinrechtliche Grundlage, und das ihm Entgegenstehende, sei es Ueberbleibsel alt-deutscher Rechtsideen, oder Fortbildung und Veränderung des Römischen Rechts, erscheint hier als Particularrecht. Gemeinrechtliche Gewohnheiten, wodurch in diesem Kreise das Römische Recht umgestaltet worden wäre, haben sich nicht gebildet.

Der andere Zweifel, welcher erhoben werden könnte, ist, daß wenn in den Rechtsbüchern lediglich von der civilrechtlichen Erbantretung die Rede sei, daraus noch nicht folge, man habe die Prätorischen Regeln absolut ausschließen wollen. Es gelte hier also dasselbe, was sich nach dem vorher Bemerkten vom formellen R. E. R. sagen läßt. Man habe die Sätze des **successorium edictum** und der Prätorischen Agnition übergangen, weil sie in verhältnißmäßig wenigen Fällen zur Anwendung kämen, aber aus solcher Nichterwähnung folge keineswegs, daß sie nicht doch in diesen seltenen Fällen gemeinrechtlich zur Anwendung kämen. — Ich glaube, eine solche Auf-

faſſung wird einfach ſchon durch den Ton unmöglich gemacht, in welchem die Lehre von der **her. aditio** in den Rechtsbüchern dargeſtellt wird. Es iſt ſo entſchieden von **allen Erben** die Rede, es wird ſo allgemein die Erbantretung als eine auf das ganze Erbrecht ſich beziehende gemeinrechtliche Lehre vorgetragen [3]), daß es ein Aufgeben aller geſunden Interpretation ſein würde, wenn man hier die Worte noch wieder reſtringiren wollte, wo es doch einem jeden Verſtändigen ſo nahe liegen mußte, daß die abweichenden Prätoriſchen Regeln ohne allen Schaden über Bord geworfen werden konnten. — Es kommen aber noch beſondere Gründe hinzu. Wenn das Deutſche Rechtsleben die Agnition der **b. p.** feſtgehalten hätte, ſo müßte einestheils ein beſtimmter Vortheil vorhanden ſein, deſſen Erlangung dem Erben nur durch ſie möglich wäre. Dies iſt aber nicht der Fall, weil das Interdict, wie wir im folgenden Kapitel ſehen werden, auch ohne Agnition jedem Erben zugeſtanden iſt. Anderntheils aber müßte in den wenigen Fällen, wo die Erbbefugniß lediglich auf Prätoriſchem Rechte ruht (alſo namentlich bei der **b. p. unde vir et uxor.**), die Agnition als nothwendige Bedingung des Erbrechts beibehalten ſein, aber gerade umgekehrt findet ſich, wie ich vorher (Nro. 1.) ſchon bemerkte, auch im Ausdrucke eine völlige Verſchmelzung des Erbrechts der Ehegatten und der Verwandten. Und wenn man nun bei den Ehegatten die Nothwendigkeit der Agnition nirgends feſtgehalten hat, ſo kann natürlich bei den ſingulären Fällen der **sec. tab. b. p.** noch viel weniger davon die Rede ſein (ſ. §. 187. Note 15.). Was aber endlich die **missio ventris nomine, Carboniana,** und **furiosi nomine** betrifft, ſo ſind dieſe von jeher als ganz gleichartig, und zwar insgeſammt als Miſſionen behandelt worden, ſo daß auch hier die Anwendung der Prätoriſchen Friſten und Agnitionsform, die das Juſtinianeiſche Recht theilweiſe bei ihnen noch kennt, den Boden verloren hat.

3) Die oben erwähnte ſcheinbare Beſchränkung der **her. ad.** auf die teſtamentariſche Succeſſion (§. 186) kommt hier natürlich nicht in Betracht, denn ſonſt würde daraus folgen, daß alle Inteſtatklaſſen **b. p.** erbitten müßten.

Wir stehen am Schluß, und so wollen wir denn die Untersuchungen dieses Kapitels noch einmal kurz überblicken. Die Deutschen Rechtsbücher seit dem sechzehnten Jahrhundert weisen uns das entschiedene Bestehen des klaren Rechtsbewußtseins, daß die eigenthümlichen Prätorischen Delations- und Antretungsregeln unanwendbar seien, und daß sämmtliche Erbklassen (die civilen wie auch die wenigen Prätorischen) unter den Regeln der **her. aditio** und allen damit zusammenhängenden Instituten vereinigt seien (§. 186—188.). Dieser Schritt lag, obgleich man darin vom Justinianeischen Rechte abzuweichen glaubte, nahe genug, wir haben gesehen, daß man auch schon in Italienischen Statuten dasselbe gethan hatte (§. 177. 178.). Die Literatur unserer Lehre dagegen hat sich anfangs um die practische Geltung derselben gar nicht bekümmert, sie beschäftigte sich zur Zeit der Glossatoren lediglich mit ihrer theoretischen Erklärung (§. 176.), entstellte sie dadurch in den folgenden Jahrhunderten bis zur Unkenntlichkeit (§. 179—181.), befreite sich dann seit dem sechzehnten Jahrhundert wieder etwas mehr von den eingerissenen Irrthümern (§. 182. 183.), und wandte sich nun auch seitdem der Frage über das geltende Recht zu. Eine große Zahl von Juristen hat dabei mit mehr oder minder klarem Blick den wirklichen Rechtszustand Deutschlands zu durchschauen vermogt, eine ziemlich gleiche Anzahl dagegen hat immer noch mit sehr schwachen Gründen, namentlich aus einer unrichtigen allgemeinen Ansicht von der Geltung des **Corpus juris**, der **b. p.** ein Scheinleben zu retten versucht, das bei genauerer Untersuchung in Nichts zusammensinken muß (§. 184. 185.) [4]).

4) So kommt es denn auch, daß in den neueren Gesetzbüchern die b. p. als ein selbständiges System ganz verschwunden ist. Aber einzelne Ideen derselben hat man benutzt. Im Preußischen Landrecht sind bei der Erbantretung die Begriffe des spatium deliberandi (was aber ipso jure abläuft) und des benefic. inventarii (mit der Haftung für alle Schulden bei unbedingter Antretung, und bis zum Bestand der Masse im Fall des Inventars) zum Grunde gelegt worden, aber die Antretung und Ausschlagung muß vor dem competenten Richter geschehen (A. L. R. I. 9. 8.). Das Oestreichische Gesetzbuch (II. 15) fordert nicht bloß gerichtliche Antretung, sondern erkennt auch nur gerichtliche Besitzergreifung an. Während

IV. Endresultat.

§. 189. Das vorliegende Werk über die b. p. ist der Lebensbeschreibuug eines Verstorbenen ähnlich. Der einzelne Mensch, klein geboren, kann in seinem Leben zu ausgedehnter Wirksamkeit berufen werden, und am Ende, wenn seine Kräfte schwinden, macht er Anderen Platz. Wir lieben es dann mit Recht, uns den ganzen Lauf seines Lebens zu vergegenwärtigen. Jeder bedeutende Mensch, gleichviel in welchem Kreise er thätig war, hat für Andere, auch wenn sie sich in ganz anderen Gebieten bewegen, stets eine anregende lehrreiche Kraft. Wir werden, wenn wir sehen, wie Jener auf seinem Platze wirkte, daraus immer auch für uns des Beherzigenswerthen mehr oder weniger entnehmen können. Aber dies kommt nicht allein in Betracht. Ein einzelner Mensch kann in seinem Leben eine Errungenschaft erlangt haben, die er, gleichviel in welchem Fache des Wissens, der Nachwelt als dauerndes werthvolles Gesammtgut hinterläßt, auf der dann Andere weiter bauen, und die also unmittelbar oder als mittelbare Grundlage fernerer Entwicklungen auch in späteren Zeiten noch fortleben. In solchen Fällen ist es unsere Pflicht, das was in der Gegenwart existirt, auf seine Quelle zurückzuführen, schon aus dem Grunde, weil wir nur auf diese Weise das wirklich Bestehende recht begreifen können.

Was hier von einem einzelnen Menschen und dessen Leistungen gesagt ist, gilt ebenso auch von Rechtsinstituten, die als das Product menschlicher Thätigkeit, oft aus kleinem Ursprunge emporwachsen, unter günstigen Umständen eine be-

also das Römische Recht die private Besitzergreifung als Regel gelten läßt, und sich deßhalb hier die richterliche Hülfe zur Erlangung des Besitzes zu besonderen begünstigenden Rechtsmitteln gestaltet, ist in Oestreich das Recht des gerichtlichen Einsatzes auch zugleich zur Pflicht gemacht. Im Uebrigen unterscheidet man hier auch die unbedingte Antretung und die unter Vorbehalt der Inventarswohlthat. Der Code civil und das Badische Landrecht (welche auch das Recht der Ehegatten auf die Erbschaft in Ermangelung der Verwandten aufgenommen haben) erkennen ganz wie das gemeine Recht die private Erbantretung mit oder ohne Vorbehalt der Vorsicht des Erbverzeichnisses an. (Art. 774. ff.).

deutende Wirksamkeit entfalten, dann aber, wenn die Bedingungen ihrer Lebensfähigkeit verschwinden, allmählig erstarren und untergehen, um mit dem Umschwunge der Verhältnisse anderen Instituten Platz zu machen. Auch wenn sie vollkommen aus dem Rechtsleben gestrichen sind, ist es lehrreich ihren Entwicklungsgang zu verfolgen, und es kann uns häufig die Untersuchung solcher ganz antiquirter Institute zur richtigen Anschauung ganz anderer Verhältnisse unserer Gegenwart verhelfen [1]). Aber sie können noch eine andere höhere Bedeutung für uns haben. Wenn sich einzelne Bruchstücke von ihnen unmittelbar noch bis in unsere Gegenwart hineinziehen, so sind sie ja dann eben noch nicht ganz untergegangen. Aber auch wenn die letzten unmittelbaren Ueberreste sich verloren haben, so können doch durch ein Institut sich gewisse Rechtsbegriffe und Einrichtungen festgestellt haben, die für das practische Rechtsleben sich als ein dauernder werthvoller Gewinn darstellen. Die Menschen finden häufig für gewisse feststehende practische Bedürfnisse keineswegs sogleich die passende Rechtsgestaltung, sie arbeiten daran oft Jahrhunderte lang. Ist dann endlich durch vereinte Arbeit, oder durch die hervorragende Klugheit eines Einzelnen dem inneren Verhältniß die entsprechende äußere Rechtsform gegeben, so kann dies ebensosehr ein dauernder Gewinnst genannt werden, wie wenn durch irgend eine mechanische Erfindung einem Bedürfnisse der Menschheit abgeholfen wird. Es kommt dann häufig vor, daß der einmal gewonnene Rechtsbegriff mit Veränderung der Verhältnisse die Gestalt eines scheinbar ganz anderen Institutes annimmt, ohne doch innerlich ein anderer zu werden. Wir Juristen aber, wenn wir das Recht unserer Gegenwart innerlich durchschauen und wahrhaft begreifen wollen, dürfen uns nicht bloß an den Namen und die äußere Gestalt der Rechtsinstitute halten, wir müssen von der äußeren Schale zum inneren Kern durchdringen, wir müssen nach den practischen Bedürfnissen, welche die Menschheit in verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Or-

1) Deßhalb lag es mir ob, manche Theile der b. p. (wie z. B. die contra tab. b. p. u. a. m.), die nach meiner Ansicht völlig unpractisch sind, mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen, als wenn ich ein Institut der Gegenwart vor mir gehabt hätte.

ten hatte, prüfen, in welcher Weise die Rechtsinstitute *ihrem Begriffe nach* zueinander gehören, und wie sie nun auch *historisch* (sei es unter demselben Namen, sei es in äußerlich verschiedener Gestalt) sich an einander angereiht haben.

Es ist daher meine Pflicht, nachdem ich in diesem Werke die **b. p.** auf langer Reise von den Zeiten ihres kleinen Ursprunges an, durch Jahrhunderte einer sehr ausgedehnten Wirksamkeit, durch fernere Jahrhunderte ihres Erstarrens und Einschrumpfens hindurch, bis zu ihrem endlichen völligen Untergange verfolgt habe, — es ist, sage ich, meine Pflicht jetzt zu fragen, ob durch dieses Institut eine dauernde Errungenschaft gewonnen worden ist, die als ein heilsamer Ueberrest der wissenschaftlichen Arbeit vieler Jahrhunderte, wenn auch nur mittelbar und in äußerlich anderer Gestalt, in unserer Gegenwart noch fortlebt. Es ist dies gleichsam der Denkstein, wie man ihn Verstorbenen zu setzen pflegt. Ich habe in dem ganzen Verlaufe dieses Werkes mit überlegter Absicht [2]) nicht bloß von dem Institute reden wollen, welches den Namen **bonorum possessio** trägt; ich bin darauf ausgegangen, die practischen Bedürfnisse des Lebens, welche ihr zum Grunde liegen, klar zu machen und sie mit anderen Rechtsinstituten, welche nach diesen practischen Bedürfnissen begrifflich mit ihr verbunden sind, zusammenzustellen, um so wechselseitig der **b. p.** Licht zu geben und von ihr zu entnehmen. Danach bietet dieses Werk, ohne doch einen anderen Titel führen zu können, als den ich ihm gegeben habe, eine ziemlich vollständige *innere Entwickelungsgeschichte des gesammten Erbrechts*, soweit dieses eine Universalsuccession in sich faßt. Nach einer solchen Anlage aber ist es jetzt am Schluß ein Leichtes die Resultate des Ganzen [3]) zusammenzustellen.

---

2) s. Bd. I. Einl. S. XVII.

3) Ich halte es nicht für nöthig, hier am Schluß den ganzen Inhalt dieses Werkes kurz zu recapituliren, also z. B. zu wiederholen, was ich über die Interdicte, oder die Geschichte der Testamente gesagt habe. Wer das Ganze gelesen hat, bedarf dessen nicht, und wer es nicht gelesen hat, — bedarf dessen auch nicht. Wohl aber schien es mir passend, in kurzen Punkten hervorzuheben, was aus dem

1. Zu dem Satze, daß die **bon. poss.** heutzutage der **hereditas** gegenüber kein geschlossenes System mehr bilde, sind wir durch zwei verschiedene ganz selbständige Beweisführungen gelangt. Es ist einestheils im vierten Buche dargethan worden, daß bereits in der Justinianeischen Compilation die Verschmelzung beider Begriffe vorliegt. Dies Resultat habe ich dann in den bisherigen Untersuchungen des fünften Buches einstweilen außer Acht gelassen (§. 177. Note [4a]), weil man in den Zeiten der Reception des Römischen Rechtes allgemein von der Voraussetzung ausging, die **b. p.** stehe im **Corpus juris** der **hereditas** noch geschlossen gegenüber. Es hat sich nun aber gezeigt, daß trotz dieser Annahme man dennoch in Deutschland die Eigenthümlichkeiten des Prätorischen Erbrechts abgestreift hat. Das Deutsche Gewohnheitsrecht steht hier also auf ganz selbständiger Grundlage, und wenn wir gleich im Allgemeinen sagen können, daß es mit dem Inhalt des Justinianeischen Rechtes auf dasselbe hinauslaufe, so kann es uns doch nicht auffallen, wenn wir Beide nicht vollkommen in allen Punkten zusammentreffen sehen. Dies habe ich hier in kurzen Worten noch zusammenzustellen.

Im vierten Buche habe ich ausgeführt, daß Justinian die Agnitionsformen und Fristen nicht aufhob, wohl aber allen Klassen auch die **her. aditio** und **pro herede gestio** als genügende Form des Erbschaftserwerbes gestattete. Dies gilt auch für die Fälle der **decretalis b. p.**, welche nicht ihrer speciellen Natur nach eine richterliche Einwirkung voraussetzen (§. 171. Nr. 1.). Dagegen hat Justinian die Regeln des **successorium edictum** und der Agnition als Nothwendigkeit bestehen lassen, wenn der civile oder Prätorische Erbe das Recht auf provisorische Besitzeseinweisung erlangen wollte; und ebenso haben wir die Nothwendigkeit der Agnition in bestimmter Frist auch bei den auf besonderen Gründen ruhenden interimistischen Besitzeinweisungen, soweit sie nicht reine Missionen sind (**Carboniana**, und **furiosi nomine**), anzunehmen (§. 170.).

---

großen Institute der Vergangenheit in unser *heutiges* Recht sich hineingezogen hat, um damit gleichsam die Rechnung abzuschließen.

Das Deutsche Gewohnheitsrecht dagegen ist noch weiter gegangen, es hat, wie im folgenden Kapitel genauer auszuführen ist, auch für das **Int. quor. bon.** die Agnitionsregeln weggeworfen; und so wäre es denn sehr verkehrt gewesen, bei den singulären Fällen der **b. p. furiosi nomine** und **Carboniana** sie noch festzuhalten. Mit Recht hat man deßhalb diese von jeher mit der **missio ventris nomine** in Beziehung auf die Erlangungsform als ganz gleichartig behandelt.

Alle Institute mithin, welche, aus dem Prätorischen Rechte sich herschreibend, noch heutzutage definitive oder interimistische Ansprüche auf die Erbschaft gewähren, haben ihre äußere Gestalt verändert. Die Fälle der **sec. tab.** und die **b. p. unde vir et uxor** sind civilrechtliche Delationsgründe geworden, eine Mitwirkung des Richters ist hier gar nicht mehr nöthig; bei den interimistischen Einweisungen des **furiosus** und des **impubes** kommt diese allerdings noch vor, aber sie unterscheidet sich nicht von einer gewöhnlichen Immission; und endlich die Besitzeserlangung durch das **Int. quor. bon.** *ist mit einem* anderen Institute zur Lehre des Einsatzes zusammengeschmolzen worden. Unmittelbare und ganz unveränderte Ueberreste der **b. p.** aus dem Römischen Rechte, giebt es also überhaupt heutzutage nicht mehr.

2. Von der anderen Seite aber darf man nun auch nicht dabei stehen bleiben, die ebengenannten Institute, als die alleinigen in unser heutiges Recht verflochtenen, aus der **b. p.** abzuleiten. Vielmehr finden alle die folgenden anzuführenden Punkte in ihr mehr oder minder ihren Ursprung und ihre Erklärung. Unter ihnen verdient zuerst das wichtige Princip hervorgehoben zu werden, daß unter den Erbklassen allgemein eine **ordinum successio** statt findet, was denn auch innerhalb einer Klasse auf mehre hintereinanderstehende Personen als **graduum successio** übertragen werden kann. Wie wichtig dieses Princip für eine practisch brauchbare Handhabung des Erbrechts, und zugleich wie natürlich es sei, brauche ich hier nicht weiter auszuführen. Es ist in Deutschland als etwas sich eigentlich von selbst Verstehendes von den Römern recipirt worden, und doch haben wir gesehen, wie schwer es den Römern geworden ist, sich dazu zu erheben (Bd. I. S.

112.). Man mußte sich erst durch verkehrte Institute, wie es die **pro her. usucapio** doch entschieden war, durcharbeiten, und dem Prätorischen Rechte gebührt das Verdienst, durch einfache Rechtssätze dem practischen Bedürfnisse abgeholfen zu haben. Theilweise, aber doch nur unvollständig, wirkte dies schon vor Justinian auf das Civilrecht zurück, und man kann auch sagen, daß selbst im Prätorischen Recht das Princip noch nicht rein zur Gestaltung gekommen war. Es war noch immer combinirt mit der Lehre von den Deliberationsfristen, welche doch gar nicht wesentlich mit ihm zusammenhängt, und am Besten ganz von ihm getrennt wird. So mußte es endlich dahin kommen, daß es sich ganz rein gestaltete, d. h. daß man allgemein den Satz aussprach: wenn der zunächst Berufene wegfällt (mag dies durch Ablauf einer Frist, oder durch Tod oder Ausschlagung geschehen), so wird eine neue Delation an den Folgenden eröffnet, und es ist kein juristischer Widerspruch, wenn auf diese Weise der Anfang einer Delation erst längere Zeit nach dem **mortis tempus** eintritt. Durch die später folgende Antretung wird dann doch Alles nicht bloß auf die Delation, sondern stets auf das **mortis tempus** zurückbezogen [4]). — Im vierten Buche habe ich nachgewiesen, daß Justinian dieses von den Prätorischen Deliberationsfristen entkleidete Princip der Aufeinanderfolge der Berufungen bereits im ganzen **Corpus juris**, und nicht erst in den Novellen ausspricht (§. 161. 165.). Es ist auch dies wieder ein Beispiel, daß das Recht in seiner Fortbildung durch die Verwickelungen des Verkehrs in seinem Umfange allerdings weitläuftiger, aber in seinem Inhalte immer einfacher wird und werden muß, indem die Rechtsprincipien, das Fremdartige allmählig abstreifend, zuletzt ganz rein aus einem oft Jahrhunderte dauernden Läuterungsproceß hervorgehen.

3. Historisch hängt mit dem vorigen Punkte ein anderer genau zusammen, während in Beziehung auf den inneren Begriff dies gar nicht in gleicher Weise der Fall ist. Es bedarf nämlich in einem gutgeordneten positiven Rechte der Vorkeh-

4) fr. 54. de acq. her. — Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

rungen, daß dem berufenen Erben gegenüber das Intereſſe aller der anderen Perſonen geſichert werde, welche bei dem Erbfalle noch außerdem in Betracht kommen, und daß namentlich dieſe Perſonen (insbeſondere Gläubiger und Vermächtnißnehmer) durch die Hinzögerung der Erbantretung nicht zu lange hingehalten werden (§. 111. am Ende). Auch in dieſem Punkte hat das Römiſche Recht viele Stufen durchlaufen, wobei die b. p. eine beſonders wichtige Stelle geſpielt hat. Man knüpfte zuerſt die Deliberationsfriſten mit der ſucceſſoriſchen Berufung zuſammen. Abgeſehen von der durch den Willen des Erblaſſers angeordneten Cretionsfriſt, wurde der Erbe nur durch den eigenmächtigen Beſitzergreifer (in Folge der **pro her. usucapio**) zur Antretung gedrängt. Wir haben geſehen, wie der Prätor im **successorium edictum** das Bedürfniß der Deliberationsfriſten vernünftiger regulirte, wie er dann dieſelben Grundſätze aus der **b. p.** im **jus deliberandi** auf das Civilrecht wieder zurückwandte (§. 114.). In der Aufſtellung dieſes **jus deliberandi** lag aber *nicht* bloß die Verbeſſerung, daß nun auch das Civilrecht mit dem Prätoriſchen gleichmäßig behandelt wurde; ſie enthielt zugleich einen inneren Fortſchritt. Ich habe gezeigt, daß die Folge der verſäumten Deliberationszeit die **bonorum venditio** war; darin tritt zuerſt zu Tage, daß die Anſtalten, welche man zur Beſchleunigung der Erbantretung trifft, gar nicht nothwendig mit der **ordinum successio** zuſammenhängen. Wichtiger aber noch iſt ein anderer Punkt. Die Deliberationsfriſten waren bisher wenn auch **utile tempus**, doch immer ein von ſelbſt laufender Zeitraum geweſen. Dadurch kann dem Erben ein unbilliger Schaden zugefügt werden. Dem Weſen des Verhältniſſes dagegen entſpricht es weit mehr, wenn man die Friſt, die ja nur aus dem Intereſſe anderer Perſonen dem Erben geſetzt wird, nun auch erſt von dem Andrängen derſelben abhängig macht [5]). Dieſer Satz tritt erſt in dem **jus**

5) Aus dem Intereſſe dieſer Perſonen erklärt ſich denn auch, was die Folge der vergeblich abgelaufenen Deliberationsfriſt iſt. Es ſind entweder ſolche, die die Antretung wünſchen, oder die umgekehrt ſie gern unterlaſſen ſehen (ſ. §. 111.). Die Erſteren (Creditoren und Legatare) veranlaßten früher die bonor. vendit., nach Juſtinian

deliberandi hervor, und nachdem nun noch neben dieses Institut von Justinian das Recht des Inventars gesetzt ist, so haben wir in der Verbindung dieser beiden einen Rechtszustand, von dem sich auch ohne Vorliebe für das Römische Recht sagen läßt, daß er von practischem Gesichtspunkte aus passend sei. Die leichte Art, wie sich diese beiden Institute in das Deutsche Rechtsleben eingebürgert haben, zeigt dies zur Genüge.

4. Von großer Bedeutung ist die b. p. noch dadurch geworden, daß sie die Entwickelung des Cognationsprincipes im Erbrecht hervorgerufen hat. Die Befugniß zu erben, ist immer einer der besonders hervortretenden Punkte, wodurch ein Verwandtschaftsbegriff Wichtigkeit erhält. Ich habe gezeigt, wie die Cognation vom Prätor zuerst noch ganz unorganisirt ins Erbrecht hineingezogen wurde, denn eine Be-

---

soll ihnen gegenüber der Berufene als antretend angenommen werden. l. 22. §. 14. C. de jure delib. Den Letzteren gegenüber gilt er dagegen als ausschlagend. Heutzutage wird dies gewöhnlich nur als ein besonderes Privilegium des Substituten gegenüber dem Institutus dargestellt (Puchta Pand. §. 498), wegen fr. 69 de acq. her. Dagegen aber spricht das ganze Wesen des jus deliber. Die bon. vend. trat erst ein, wenn es sicher war, daß Niemand heres sein würde (Bd. II. Abth. 1. S. 321.). Deßhalb muß also auch bei allen Klassen, nach Ablauf des spat. del. für die Näheren, dem Folgenden ein solches gegeben worden sein. s. auch fr. 70. de acq. her. und fr. 6. §. 1. ad Sc. Tertull. Für unser heutiges Recht gestaltet sich also, nachdem Justinian an die Stelle der bon. vend. die fingirte Antretung gesetzt hat, die Sache folgendermaßen: Wenn der Berufene lediglich von dem hinter ihm Stehenden zur Antretung gedrängt wird (sei dies ein Substitutus oder der nächste Intestaterbe hinter dem Institutus, sei es eine folgende Intestatklasse hinter der vorhergehenden), so gilt der Vorhergehende nach Ablauf der Deliberationsfrist als ausschlagend. Wenn aber lediglich Creditoren den Berufenen drängen, so wird seine Antretung fingirt. Falls dagegen Beide ihn drängen, oder überhaupt erst nach Veranlassung der Fristbestimmung durch die Creditoren der Nächstfolgende auftritt, und dieser sich erbietet die Erbschaft antreten zu wollen, so müssen auch noch heutzutage die Creditoren damit zufrieden sein. Die Vermächtnisse, welche etwa der Vorhergehende im Fall der Antretung hätte zahlen müssen, können dann dem Nachfolgenden, wenn sie nicht auch ihm aufgelegt sind, nicht zur Last fallen.

rufung bloß nach Gradesnähe kann nur sehr unvollkommen genannt werden. Es erklärt sich dies daraus, daß die Cognatenklasse gar nicht aus der Absicht, ein neues Erbrechtsprincip einzuführen, hervorgegangen war. Aber diese Klasse ward nun zur Basis für eine fester organisirte Stellung der Cognaten im Erbrecht. Weniger ist ein Schritt in dieser Richtung darin zu finden, daß die Emancipirten den **sui** gleichgestellt wurden, denn dies reducirt sich doch nur auf die Fiction der Suität, und gehört also mehr zur Ausbildung des Agnatenrechts, in welche das Prätorische Recht, wie wir gesehen haben, ebenfalls bedeutend eingegriffen hat. Vielmehr ist von weit größerer Bedeutung die Hervorhebung der **parentes et liberi** vor den Seitenverwandten, worin sich der Keim der ganzen Fortbildung des Intestaterbrechtes zeigt. Diese Fortbildung hat dann freilich das Prätorische Recht nicht übernommen. Es kam die Zeit, daß es, so wie überhaupt die Rechtswissenschaft, erstarrte, und indem nun allein die Kaiser sie weiterzuführen hatten, so liegt darin der Schlüssel, daß man hier so langsam und mangelhaft fortgeschritten ist.

5. Auch in die Lehre von der Erbantretung hat die **b. p.** wesentlich eingegriffen. Ich habe dies im dritten Kapitel des dritten Buchs entwickelt. Neben die **cretio**, die ursprünglich die alleinige Form gewesen war, trat schon sehr früh die Agnition der **b. p.** in dem Sinne, daß, wenn der **heres** dadurch sich die Prätorische Hülfe zur Besitzergreifung erbeten hatte, dies als genügende Antretung anzusehen sei (Bd. I. S. 96 ff.). Wahrscheinlich hat sich erst hieraus der Satz entwickelt, daß nun nicht bloß die unter Prätorischer Autorität constituirte **possessio hereditatis**, sondern auch überhaupt jede eigenmächtige Besitzergreifung und factische Einmischung (**pro herede gestio**) hinreichen sollte. Und so gelangte man denn auf diesem Wege schrittweise immer weiter, man erkannte nach Labeo auch die formlose Willenserklärung als hinreichend an, und die **cretio** verlor mehr und mehr von ihrem Gebiete. Ueberhaupt wird meine obige Darstellung wohl gezeigt haben, daß die historische Fortbildung und die heutige Gestaltung des Antretungsrechtes, namentlich auch in Beziehung auf den Erbschaftserwerb durch Stellvertretung (§.

165 ff.), nur durch Zusammenhaltung des Civilrechts mit dem Prätorischen verstanden werden kann.

6. Endlich muß ich hier noch besonders die große Bedeutung hervorheben, welche das Prätorische Recht für die Gestaltung der Klagen des Erbrechts gehabt hat. Es schien mir unumgänglich nöthig, diesen Punkt in die Untersuchungen dieses Werks zu verweben. Die **hereditatis petitio** hat ihre eigenthümliche Gestalt durch die **pro herede usucapio** erhalten, indem der Beklagte früher eben jeder **pro her.** Usucapient, und auch von der anderen Seite nur dieser war. Die **h. p.** aber sollte von Anfang an dazu dienen, der **pro her. usucapio** entgegenzuwirken. Durch diesen inneren Zusammenhang mußte ich darauf geführt werden, die innere Bedeutung der **her. pet.** im weiteren Laufe der Zeiten und unter den Veränderungen, die sie durch Umgestaltung der **pro her. usucapio** erlitt, stets mit dem Wesen der Prätorischen Rechtsmittel zusammenzustellen. Was wir hieraus auch für das heutige Recht der **her. pet.** lernen, habe ich im §. 147. Nr. 2. angegeben.

7. An die petitorische Geltendmachung des Erbrechts reiht sich zuletzt als ein auch im heutigen Rechte noch besonders hervortretender Punkt das possessorische, interimistische Element. Es hat in der **h. p.** sich erzeugt, und war von Anfang an eine Haupttriebfeder für die Gestaltung des ganzen Instituts. Es liegt darin stets zweierlei, daß nämlich dadurch einestheils dem wahren **heres** ein Mittel gewährt werden soll, rasch in den Besitz der Güter zu gelangen, und daß anderntheils, wenn der wahre Erbe noch zögert aufzutreten, einstweilen bereits ein Anderer von der Obrigkeit zum Besitzer constituirt werden kann, der dann im Erbschaftsproceß die Beklagtenrolle übernimmt, bis zum Besiegtwerden die Güter unter seinem Schutze zusammenhält, und bereits mehr oder minder die Gläubiger befriedigen kann. — In früherer Zeit erlangte der Prätor diese Zwecke durch die **h. p. sine re,** welche als interimistische Universalsuccession bis zum Auftreten des **heres** ein sehr umfassendes Verwaltungsrecht der Erbschaft gewährte. In der späteren Kaiserzeit dagegen verlor sich dies, und es trat das **Interd. quor bon.,** im Verein

mit der **missio Hadriana**, an die Stelle (§. 147. Nr. 1.). Juſtinian recipirte dann beide Inſtitute mit wenigen Veränderungen in der Geſtalt, wie ſie in der vorhergehenden Kaiſerzeit ſich entwickelt hatte (§. 156.), und ſo iſt denn dieſes poſſeſſoriſche Element, während es im Orient ſehr bald einſchlief, im Occident aus dem **Corpus juris** durch entſchiedenes Gewohnheitsrecht angenommen, und auch noch in einem wichtigen Punkte umgeſtaltet worden. Dies genauer zu begründen, iſt das Letzte, was uns nach der Aufgabe des vorliegenden Werkes noch übrig bleibt. Das folgende Kapitel wird davon handeln.

Zweites Kapitel.

Die Lehre vom Einſatz.

§. 190. Mit dem techniſchen Worte: Einſatz, oder gerichtlicher Einſatz wird ſchon ſeit Jahrhunderten [1]) das in Deutſchland entſchieden anerkannte Recht des Richters bezeichnet, beſtimmte Perſonen in Folge einer ſummariſchen Unterſuchung in den Beſitz der Erbſchaft einzuweiſen, ſo daß die definitive Feſtſtellung des Erbrechts dem Proceß der **hereditatis petitio** überlaſſen bleibt [2]). Es iſt unzweifelhaft, daß

1) Bereits Giphanius führt dieſen Ausdruck an (ſ. §. 184. Note 3.); ſ. auch die Nürnberger Reformation und die Baſeler Gerichtsordnung §. 187. Nr. 9. u. 19.

2) Es ſteht unſerem Richter zu, der Erbſchaft einen curator zu ſetzen, oder ſie zu ſequeſtriren, und ſo wäre es unnatürlich, wenn er nicht auch befugt wäre, die Beſitzergreifung der Erbſchaft, die freilich im Allgemeinen dem Einzelnen als eine Privathandlung überlaſſen iſt (ſ. §. 188. Note 4.), unter ſeine Cognition zu ſtellen, d. h. beſtimmte Perſonen durch ſeine Autorität in den Beſitz einzuweiſen, und unter mehren Streitenden einſtweilen lediglich de possessione zu entſcheiden. Aus der ſehr leicht erklärlichen Rechtsüberzeugung, daß der Erbe für die Erlangung der Erbſchaft, auch ohne gleich ſtrengen Beweis zu erbringen, die richterliche Hülfe müſſe in Anſpruch nehmen können, iſt es hervorgegangen, daß in Deutſchland die beiden ſich auf dieſen Punkt beziehenden Römiſchen Inſtitute ſo leicht Eingang fanden. Jene Rechtsüberzeugung ſelbſt iſt gar nicht erſt

dies Recht des Einſatzes durchaus auf Römiſcher Grundlage ruht. Es werden damit die **missio Hadriana** und das **Int. quor. bon.** in einem einzigen Worte, und als ein einziges Inſtitut zuſammengefaßt.

aus dem Röm. R. entlehnt, nur in Beziehung auf die weiteren Regeln, zu denen ſie ſich geſtalten muß, hat man die fertig vorliegenden Inſtitute des Römiſchen R. angenommen. — Es iſt von Intereſſe zu vergleichen, wie verſchiedene Schriftſteller, die alle wenigſtens ihrer Zeit große Autorität gehabt haben, dieſen Gedanken mehr oder minder klar, und jeder auf ſeine Weiſe ausſprechen. **Oldendorp** (Class. V. act. 6.) ſagt: Denique reipublicae in civitatibus maxime interest scire, quis cuique in hereditatibus, praesertim rerum immobilium, succedat. Quare igitur non introducunt civitates, ut nemo ad hereditatem admittatur, nisi aliqua judiciali forma magistratui suum jus insinuet? Et hoc videmus frequentissimum esse, ut propemodum mihi ineptire videantur qui tam anxie de necessitate bon. possessionis disputant. Si quidem habet locum in jure apertum, quod praetor quoque olim decrevit b. possessionem iis, qui jure civili admittebantur. **Friderus Mindanus** de Interd. III. 50. ff. IV. 10 ff. leitet das Interdict aus dem Naturrecht ab; — „non in imperio solum Germanico, sed et in Gallia, Italia, Hispania etc. ejusdem legis tam divinae quam humanae Praetor, possessionem tibi, utpote ex lege vel edicto ipso tibi assignatam, cum omni causa dari ac restitui imperat, quod sententiis dictarum nationum quotidie audimus declarari et pronuntiari in eos, qui pro possessoribus vel praedonibus alienas hereditates vel bon. possessiones injuste detinent.“ **Voet** (ad Pand. tit. quor. bon.) ſagt, es ſei kein Zweifel, daß das Remed. ex l. ult. C. etc. noch praktiſch ſei. Sed et generalius receptae immissiones in possessionem rerum hereditariarum (das iſt eben das Int. quor. bon.) quando de hereditate controversia est, etiamsi ab intestato delata sit, immisso interim eo, qui potiora jura videtur habere, ac repulso interim altero, qui se heredem esse contendit, arg. l. ult. in med. C. de ed. d. Hadr. toll. Quales in domum mortuariam immissiones nonnullorum moribus intra annum et diem petendae, sic ut eo tempore praeterlapso ad ordinarium judicium petitionis hereditatis confugiendum sit, licet aliis, et inter hos Ultrajectinis, illa ad annum et diem restrictio probata non sit. Wenn alſo **Roßhirt** ſagt (ſ. §. 185. Note 5.), auch bei uns ſtänden die Erbſchaftsangelegenheiten aus dem Standpunkte des öffentlichen Intereſſes unter der Beiwirkung des Gerichts, ſo iſt das ganz richtig, nur muß man damit nicht die practiſche Geltung der bon. possessio beweiſen wollen.

Gerade diese Zusammenfassung der beiden Römischen Rechtsmittel zu einem Ganzen ist der Beachtung werth. Man hat von jeher in Deutschland sowohl die **missio** als das Interdict **remedia adipiscendae possessionis**, oder umgekehrt **missiones in possessionem** genannt. Es ist dies ein Kennzeichen der gewohnheitsrechtlichen Anschauung, daß man das Ansuchen des **scriptus heres** und das eines Intestaterben auf Einweisung in den Besitz mit gesundem Tacte stets als völlig gleichartige Rechtsmittel behandelte. Aber nicht bloß vom practischen Standpunkte aus erscheint dies als gerechtfertigt, unsere obigen Untersuchungen ergeben vielmehr, daß die Behandlung Beider als ein einziges Institut auch vom historischen Gesichtspunkte aus vollkommen richtig ist. Mir fällt natürlich nicht ein, zu behaupten, daß im klassischen Juristenrecht und auch nicht einmal im Justinianeischen Recht sämmtliche Missionen mit sämmtlichen Interdicten **adipiscendae possessionis** gleichartig seien. Wohl aber habe ich nachgewiesen, daß in der späteren Kaiserzeit und so auch in der Justinianeischen Compilation diese eine **missio** und dies eine Interdict zu Rechtsmitteln ganz gleichen Characters geworden, und nur durch die verschiedenen Erbklassen, auf welche sie sich beziehen, getrennt sind.

Hiernach ist es also aus doppeltem Grunde passend, daß wir jenen hergebrachten Ausdruck „Einsatz“ in seinem alten Besitzstande lassen. Aber wir müssen uns hüten, durch dieses Deutsche Wort auf einen Irrthum zu verfallen, der freilich leicht genug vermieden werden kann, und dessen man auch bisher bei Gebrauch des Wortes sich nicht schuldig gemacht hat. Man könnte nämlich aus dem Deutschen Ausdrucke ableiten wollen, es liege hier auch ein ganz Deutsches Institut vor, bei dem daher von einer Anwendung der im **Corpus juris** enthaltenen weiteren Bestimmungen über die **missio** und das Interdict nicht die Rede sein könne. Wer aber etwas genauer die Quellen kennt, aus denen wir hier schöpfen, ja wer auch nur die Stelle des Giphanius (s. Note 1.) liest, wird von einem solchen Gedanken leicht zurückkommen. Die Lehre vom Einsatz ist nichts als die Lehre von der Hadrianischen Mission und vom Interdict, welche beide Rechtsmittel durch ent-

schiedenes Gewohnheitsrecht gemeinrechtlich recipirt sind, für die also auch sämmtliche Regeln des Justinianeischen Rechtes gelten, soweit sie nicht wiederum durch entschiedenes gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht modificirt wurden.

Wir haben nun in diesem Kapitel zuerst noch etwas genauer auszuführen, daß beide Rechtsmittel in der That gemeinrechtliche Geltung haben, sodann ist zu fragen, in wie weit sie durch Deutsche Rechtsüberzeugung eine Umgestaltung erfuhren, und endlich haben wir dann das gesammte practische Recht des Einsatzes als das Resultat der bisherigen Untersuchungen zusammenzustellen.

§. 191. Daß die **missio Hadriana** gemeinrechtlich recipirt sei, ist so sehr außer Frage, daß es unnöthig sein würde, hier noch einen besonderen Beweis zu unternehmen. Von dem **Int. quor. bon.** dagegen muß freilich anerkannt werden, daß es particularrechtlich in einzelnen Ländern entschieden ausgeschlossen ist, wie ich dies oben bereits für Baiern angeführt habe (§. 187. Nr. 18.). Aber nichtsdestoweniger ist die gemeinrechtliche Geltung des Interdicts, als eines lediglich de possessione handelnden Rechtsmittels, nicht zu bezweifeln. Dieselbe wird sogar von denen nicht geläugnet, welche mit Savigny behaupten, daß es im Römischen Rechte eine ganz andere Bedeutung gehabt habe [1]). Und wer die Literatur des Interdicts [2]) auch nur einigermaßen durchmu-

1) Puchta Pandekten §. 519., theilweise auch Bayer Conc. Pr. §. 71.

2) Man sehe: **Rogerius** Summa zum Codex ad tit. quor. bon. (Savigny Gesch. d. R. R. im M. A. IV. S. 436.). **Placentinus** Summa in Cod. ad tit. quor. bon. **Azo** Commentar. in Cod. ad tit. quor. bon. und dessen Summa zum C. ebendas. (wo ich bei den Folgenden keine besondere Stelle citire, ist immer: ad tit. quor. bon. hinzuzudenken). **Cinus** ad Cod. **Bartolus** ad Rubr. Cod. quor. bon. **Baldus** eod. **Salicetus** eod. **Ripa** ad Dig. quor. bon. **Raph. Fulgosius** ad Rubr. Cod. quor. bon. **Menoch** Remedia adip. poss. (Int. quor. bon.). **Oldendorp.** Action. forens. prog. Class. II. act. 1. **Schneidewinus** ad I. de Interd. §. 9. sqq. **Cujacius** Recit. in Cod. **Friderus Mindanus** de Interdictis (Francof. 1621.) III. 50. V. 10. VII. 81. VIII. 8. IX. 51. XI. 98. XIX. 11. XX. 41.

stert, ersieht leicht daraus, daß, wenn gleich man über das Verhältniß desselben zur **missio Hadriana** keineswegs einig war, doch im Allgemeinen seine Geltung neben der letzteren stets auf constantem Rechtsbewußtsein geruht hat. Einzelne Fälle seiner Anwendung in Deutschland lassen sich leicht zusammenbringen [3]).

Indessen hat das Interdict in der neueren Zeit eine ganz entschiedene Umgestaltung erfahren. Es ist, von Anbeginn der Literatur über das Römische Recht, einstimmige Ansicht gewesen, daß es nicht bloß als **directum** dem **bonorum possessor**, sondern als **utile jedem heres auch ohne Agnition der b. p.** zuzugestehen sei. Dieser Satz zieht sich von der Summa des Rogerius an unverändert [4]) durch die Litera-

XXI. 15. XXVI. 51. ff. 117. sodann die specielle Darstellung des **Int. quor. bon. Tit. XVI. v. p. 652** an. **Brunnemann Comm. ad Pand. Hahn ad Wesenbecium. Schilter Praxis jur. Rom. Exerc. 47. §. 23. Lauterbach Coll. theor. prac. Müller ad Struvium. Wissenbach Exerc. ad Pand. ad tit. de Interd. und quor. bon. Huber Praelect. jur. civ. ad tit. Dig. de Interd. u. quor. bon. Dominici Tusci Pract. concluss. ad voc. Int. quor. bon. Wernher Observ. forens. II. Pars VIII. Observ. 407. II. Pars IV. Observ. 14. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 500. Voet Comment. ad Pand.** Die neueren Schriftsteller sind schon im Laufe dieses Werks oft citirt worden.

3) s. z. B. **Leyser**, der einige Fälle mittheilt. Aus persönlicher Erkundigung weiß ich, daß bei mehren Ober-Appellations-Gerichten das Interdict als entschieden gemeinrechtlich gültig anerkannt wird (Lübeck, Celle, Cassel). — Beiläufig mag hier noch angeführt werden, daß auch die **Rota Romana** das Interdict für praktisch erklärte. s. **Martae Digesta novissima totius juris universi. Francof. 1680. sub voce: Interdicta. Tom. I. p. 243.**

4) Von den übrigen Juristen scheint **Schilter** a. a. O. abzuweichen, es ist aber mehr zum Schein, als in Wahrheit. Er sagt, wenn man die b. p. nicht vor dem Richter agnosciren, so müsse man dann im Interdictsproceß beweisen: **se proximum defuncti esse.** Um diesem zu entgehen, sei es daher noch immer nützlich, die b. p. vor dem Richter zu agnosciren (s. §. 184 Note 7a). Schilter erkennt also doch ebenso wie alle übrigen Schriftsteller an, daß man das Interdict auch ohne Agnition vor dem Richter habe, und seine Ansicht läuft also nur auf eine eigenthümliche Auffassung des im Interdictsproceß zu Beweisenden hinaus, über welchen Punkt, wie wir

tur hindurch, und es giebt kaum einen Schriftsteller, der, wenn er die Grundsätze des **Int. quor. bon.** überhaupt darstellen wollte, ihn nicht erwähnt hätte. Es ist von ganz besonderer Wichtigkeit sich den Grund klar zu machen, auf welchen man sich dabei gestützt hat, um nach den allgemein bekannten Grundsätzen des Gewohnheitsrechts zu prüfen, ob wir hier in der That einen für uns völlig feststehenden Rechtssatz vor uns haben. Und wir können dies, wie mir scheint, ganz unbedenklich bejahen.

Es ist bekannt, daß, wenn ein bisher constant angewandter Rechtssatz auf einer irrthümlich interpretirten Stelle des Römischen Rechts ruhte, und man stets die Absicht hatte, das reine R. R. anzuwenden, der ganze Rechtssatz, sobald man die Falschheit der Interpretation erkennt, von selbst hinwegfällt. Wenn aber ein Rechtssatz freilich ebenfalls durch falsche Interpretation äußerlich hervorgerufen ist, sich aber daneben (sei es von Anfang an, sei es erst nach und nach durch die bisherige Uebung erzeugt) das entschiedene Rechtsbewußtsein selbständig gebildet hat, der Rechtssatz sei ein passender und bindender (**opinio necessitatis**), so steht er als Gewohnheitsrecht fest, auch wenn wir hinterdrein die Irrthümlichkeit der veranlassenden Interpretation einsehen. Das Beispiel der Provocationen ist bekannt genug.

Etwas Aehnliches begegnet uns hier. Es haben von jeher viele Schriftsteller schon im Römischen Rechte, und zwar vorzugsweise in **l. 1. C. quor. bon.** [5]), den Satz zu finden gemeint, daß das Interdict jedem **heres** auch ohne Agnition der **b. p.** zustehe. Das ist nun freilich, wie wir gesehen haben, nicht der Fall, aber dieser falsche Glaube traf mit der durchaus selbständigen Rechtsüberzeugung zusammen, daß der Richter bei jeder Erbschaft durch Besitzeseinweisung müsse thätig sein können (s. §. 190. Note 2.). Man begründete das Interdict sogar auf das Naturrecht, und auch wer solchen

---

nachher noch sehen werden, sehr verschiedene Ansichten aufgestellt sind.

5) Die richtige Interpretation dieser Stelle s. Bd. I. S. 389. s. auch §. 148. Note 10.

Theorien nicht anhing, erkannte doch an, daß ein solches Eingreifen des Richters, das sich auch noch in Sequestration oder Anordnung eines Curators äußern kann, durch ein öffentliches Interesse geboten werde [6]). Es existirt also ein wahres, jedenfalls nach und nach von der l. 1. C. **quor. bon.** ganz unabhängig gewordenes Rechtsbewußtsein, daß das Interdict, ohne Beschränkung auf Agnition vor einem Richter und in gewisser Frist, jedem **heres** zustehe.

Schon durch diesen Beweis ist das gemeinrechtliche Bestehen unseres Satzes außer Zweifel. Es kommt aber noch ein anderer Grund hinzu. Allerdings ist es möglich, daß jene l. 1. die Veranlassung desselben gewesen ist, aber von der anderen Seite ist es doch durchaus nicht sicher zu beweisen. Es sind nämlich im Verhältniß gar nicht so viele Schriftsteller, welche diese Erweiterung des Interdicts deßhalb annehmen, weil sie im Römischen Rechte gegolten hätte [7]), sondern die **ratio** der Meisten war, daß, da die **hereditatis petitio** als **directa** dem **heres** und als **utilis** dem **b. possessor** zustehe, es nun unnatürlich sein würde, wenn nicht auch umgekehrt das Interdict, welches der **b. possessor** als **directum** habe, als **utile** dem **heres** gegeben würde. Man erkannte es geradezu an, daß dies gegen die ausdrücklichen **verba** des Prätorischen Edicts sei, aber man meinte, eine solche Lücke in der Rechtsbildung müsse nothwendig **ex mente Praetoris** ausgefüllt werden [8]).

6) Auch Leyser begründet das Int. aus der **summa aequitatis ratio**, es sei namentlich bei uns so practisch brauchbar, weil in neuerer Zeit die Erbschafts-Processe so lange zu dauern pflegten. Die richtigen Gründe, aus denen das Interdict auch bei uns als ein zweckmäßiges Institut erscheint, sind bereits im §. 145. (von Note 6 an) entwickelt.

7) Besonders deutlich spricht diese Ansicht Hahn ad Wesenb. aus: „**utile Interdictum, quod heredibus juris civilis, ex pacto item, vel statuto aut consuetudine per l. 1. C. h. t. (datur)**“ — s. auch Huber l. c.

8) Schon Placentin und Azo stellen das utile Interd. mit der her. pet. utilis zusammen, doch erst seit Bartolus (l. c. §. 7.) tritt es ganz klar hervor, daß man es als Grund betrachtete: weil der b. possessor die her. pet. utilis habe, so müsse dem heres das utile Interdictum zustehen. s. Baldus, Ripa, Raphael Fulgosius. l. c. Besonders charakteristisch ist die Darstellung des Sali-

Von einem Streit, ob in der That diese Annahme zulässig sei, ist nie die Rede gewesen, nur darüber war man nicht einig, ob dem heres nicht sogar geradezu das directum Interdictum zugestanden werden müsse. Die Meisten freilich blie-

---

cetus: dicit glossa, quod directum datur b. possessori de jure praetorio, utile autem datur heredi de jure civili (fr. 1. D. h. t.), et ratio hujus potest esse, quia in b. possessore de jure praetorio concurrunt mens et verba praetoris, in herede vero de jure civili mens tantum deficientibus verbis, quum verba praetoris in eo, cui data est b. p., loquantur. ut patet in fr. 1. D. h. t. argum. fr. 7. §. 1. de jurisd. et fr. 2. u. 4. (l. „haec actio") si quadrupes pauperiem. — Zuerst habe der Prätor dem b. possessor die utilis her. pet. gegeben, dann aber habe er noch ein Interdict aufgestellt, er habe dies an und für sich nur für den edicirt, welcher veniebat ad successionem beneficio suo tantum. Ebenso kam auch das jus civile an und für sich dem successor ex jure Praetorio nicht zu Statten, und doch hat er die utilis her. pet. Sed quum mens Praetoris ut dixi nixa fuit successori contra occupatores bonorum hereditatis, ideo ex interpretata mente competit utile Int., ut taliter consulatur per praetorem heredi de jure civili, qualiter per jus civile reperitur consultum ei, qui venit de jure praetorio tantum. — Ebenso Menoch (§. 33. ff.): quum adinventum sit Int. pro b. possessore ex jure Praetorio, — in b. possessore concurrunt mens et verba edicti, in herede vero solum mens edicti, — also könne das Interdict hier nur utile sein. (Dies geht gegen Cinus ad tit. quor. bon. und Andere, namentlich Jacobus de Arena und Petr. della Bell., welche dem heres das directum Int. zusprachen, weil die b. p. das schwächere Recht sei, also vom minus auf das majus geschlossen werden könne, und ferner weil die b. p. das spätere Recht sei, welches das Civilrecht in sich aufgenommen habe). S. ferner Schneidewinus l. c. §. 13. — Friderus Mindanus (Int. quor. bon. §. 45.) kehrt aus sehr eigenthümlichen Gründen wieder zu dem Satze zurück, daß der heres und so auch der, welchem vigore statuti vel consuetudinis ein Erbrecht zustehe, das directum Interdictum habe. — Müller ad Struvium setzt zu den Worten Struve's (§. 15), (daß das Int. juxta jus Roman. nur dem b. possessor, und dem heres nicht als solchem, sondern wenn er b. p. agnoscire, gegeben werde) Folgendes hinzu: Accommodatur etiam ad Dd. comm. utile Interdictum heredi civili tam ab intestato quam ex testam. — s. auch Leyser, bei dem ebenfalls von einer Berufung auf l. 1. C. quor. bon. nicht die Rede ist.

ben beim **utile** stehen, ebenso wie man auch die allgemein zugestandene Ausdehnung auf das Lehnrecht ein **utile Interdictum** nannte.

Jedenfalls sieht man, daß hier eine ganz selbständige, und selbstschaffende Rechtsüberzeugung vorliegt, wie sie das Charakteristische des Gewohnheitsrechts ist, und mag nun die **l. 1. C. quor. bon.** überhaupt daneben noch mitgewirkt haben oder nicht, so erscheint doch immer die gewohnheitsrechtliche Geltung des so bedeutend erweiterten Interdictes als vollkommen feststehend.

Allerdings ist diese Abweichung des neueren Rechts vom Römischen bedeutend. Während wir im vorigen Kapitel gesehen haben, daß die neuere Zeit für die Antretung der Prätorischen Erbklassen unbewußt zu demselben Ziel gelangt ist, welches auch schon Justinian erreicht hatte, so bildet hier das neuere Gewohnheitsrecht eine wahre Fortentwickelung des Justinianeischen. Im vierten Buche ist nachgewiesen worden, daß Justinian für das Interdict noch ganz die Regeln des **successorium edictum** und die Agnitionsvorschriften in bestimmter Frist und vor einem Richter festgehalten hat. Alles dies ist jetzt hinweggefallen, man gesteht das Interdict jedem **heres** auch schon in Folge einer bloßen Privatantretuug zu, und man hat von jeher unter diesem Worte **heres** nicht bloß die Römischen Civilklassen, sondern auch die durch neueres statutarisches oder Gewohnheitsrecht Gerufenen, also namentlich auch die vertragsmäßigen Erben verstanden [9]). Wenn daher von manchen Schriftstellern an der einen Stelle gesagt wird, das Erforderniß des Int. sei die Agnition der **b. p.**, so ist dies nur formelle Wiederholung des R. Rechts, wie sie in unserer Literatur so viel sich findet, ohne daß man die Absicht gehabt hätte, der an einer anderen Stelle bemerkten Ausdehnung des Interdicts auf den **heres** irgend zu widersprechen [10]).

Hiernach leuchtet es nun auch ein, daß, wie ich schon mehrfach im vorigen Kapitel bemerkte, das **Interd. quor. bon.** ganz aus der Lehre von der **b. p.** ausgeschieden worden

9) Nur den Fiskus und überhaupt die, welche ein Recht auf die bona **vacantia** haben, wird man nicht wohl dazu zählen können.

10) s. z. B. **Friderus Mindanus**, Int. quor. bon. §. 40.–44. in Vergleich mit §. 45. ff. **Schneidewinus** l. c. §. 23. u. 24.

ist, daß es, mag man über die Geltung des übrigen Systems der **b. p.** meinen was man will, in Verbindung mit der **missio Hadriana** ein selbständiges Leben begonnen hat.

§. 192. Abgesehen von der im vorigen §. entwickelten Umgestaltung hat man nun aber, wie die ganze Literatur davon Zeugniß giebt, für die Lehre des Einsatzes an den weiteren Regeln der **missio** und des Interdicts constant festgehalten. Da hier also das neuere Rechtsbewußtsein darauf gerichtet war, daß das unveränderte Römische Recht gelten solle, so haben wir in dem als richtig anerkannten Justinianeischen Recht von selbst auch das heutige practische ermittelt, und etwaige Irrthümer, denen man bisher sich ergab, müssen, sobald wir ihre Falschheit erkennen, von selbst auch aus der Praxis weichen. Dagegen wo die Römischen Rechtsregeln nicht ausreichen (und bekanntlich sind sie ja in diesen beiden Instituten sehr dürftig und lückenhaft), steht uns ein freierer Raum offen, indem hier die Wissenschaft die Lücken durch das auszufüllen hat, was aus dem Wesen der Sache als Nothwendigkeit, oder wenigstens als das für das **arbitrium judicis** Natürlichste sich ergiebt. — Nach diesen Grundsätzen habe ich im Folgenden das speciellere Detail der Lehre vom Einsatz darzustellen.

1. Die erste Frage, welche sich uns aufdrängt, ist, wie das äußere Gebiet der Anwendung zwischen der **missio** und dem Interdicte abzugränzen sei. Wir haben diese Frage für die Zeit der späteren Kaiser und Justinians bereits beantwortet, und das dort gewonnene Resultat haben wir denn auch nach dem eben Gesagten für unser practisches Recht zu erklären. Beide Rechtsmittel können nie in demselben Falle zusammentreffen, sondern soweit die **missio Hadr.** reicht, hat sie, indem in ihr die Idee der **sec. tab. b. p.** wieder auflebte (Vorweisung eines äußerlich fehlerfreien Testaments), das **Int. quor. bon.** absorbirt (s. §. 162.). Die besonderen Schwierigkeiten, welche sich für das Justinianeische Recht dadurch erhoben, daß wir uns die **missio** als in die Zeitfristen des **successorium edictum** eingeschoben denken mußten, sind überdem durch das vorher nachgewiesene Gewohnheitsrecht hin-

weggefallen, und beide Rechtsmittel sind nicht allein **perpetua**, sondern es bedarf auch keiner in eine bestimmte Zeit eingeschlossenen vorgängigen Handlung mehr, welche die Vorbedingung ihrer demnächstigen Geltendmachung wäre.

Wenn demnach ein **scriptus heres** den Einsatz erlangen will, so hat er lediglich die **missio Hadr.** nach den genaueren Vorschriften, die Justinian in **l. ult. C. de ed. etc.** darüber festgestellt hat. Wenn irgend ein Intestaterbe denselben Zweck verfolgen will, so heißt sein Rechtsmittel **Int. quor. bon.** Zweifel erheben sich nur für den in einem mündlichen Testament Eingesetzten, doch sind sie rein theoretischer Art (§. 138. 139.). Da beide Rechtsmittel in ihrer inneren Natur sich ausgeglichen haben, so ist practisch nur wichtig, daß jedenfalls auch in diesem Falle ein Recht des Einsatzes besteht, mag man es nun **Int. quor. bon.** oder eine analoge **missio** nennen [1]).

So ist denn auch mit Recht von jeher in der Literatur von Vielen die Ansicht ausgesprochen, daß das Interdict ein Rechtsmittel der Intestaterben sei. Der Grund derselben war freilich nicht eine richtige historische Einsicht in die allmählige Entwickelung der **missio** bis zu Justinian hin, wohl aber der sehr richtige Satz, daß die **l. ult. C. cit.** unmöglich ihrem ganzen Charakter nach ein zweites interimistisches Rechtsmittel für den **scriptus heres** neben sich dulde, und ferner der sehr einfache aus dem inneren Wesen der Sache abgeleitete Gedanke, daß ein Nebeneinanderbestehen zweier Klagen zu gleichem Zweck practisch gar keinen Werth habe [2]).

Freilich haben Manche sich hier immer daran gestoßen, daß

1) Der **Codex Maxim. Bavaricus** (s §. 187. Nr. 18), der das Interdict überhaupt ausschließt, stellt den Fall des nuncupativen Testaments, worüber er noch genauere Regeln anordnet, mit zur **missio.** — Viele Juristen dagegen nennen die Klage der nuncupirten Erben: **Int. quor. bon.** s. z. B. Azo Summa des Coder **ad tit. de ed. d. Hadr.**

2) s. **Oldendorp.** l. c. der ein Nebeneinanderbestehen des Interdicts und der **missio** bei der testamentarischen Succession nur aus dem Festhalten an den regulae veteris juris erklärt; „quoties autem audis tot juris remedia in unam rem dari?" Einen praktischen Unterschied nimmt er also doch nicht an. **Friderus Mindanus**

doch einmal das **Corpus juris** für einen und denselben Fall äußerlich zwei Rechtsmittel darbiete, indem neben der **missio**, die ausdrücklich für die testamentarische Succession bestimmt sei, das auf alle Erbklassen sich beziehende **Int. quor. bon.** auch für den **scriptus heres** aufrecht erhalten werden müsse. Man kannte nicht genug die historische Entwickelung beider Rechtsmittel in der Vorjustinianeischen Kaiserzeit, man berücksichtigte nicht genug die Art und Weise, wie Justinians Arbeiter in so vielen Lehren compilirt haben, und so konnten denn manche Schriftsteller sich nicht mit dem Satze befreunden, daß das generelle den Worten nach allen Erbklassen zustehende

(Int. quor. bon. §. 25.—33.) sagt ausdrücklich, das Interdict stehe nur den Intestaterben zu, nicht den testamentarischen, denn sonst sei ja nicht zu begreifen, weßhalb für Letztere das remed. ex l. ult. C. cit. bestehe. Indeß könnten von einem instituirten Intestaterben beide cumulirt werden, wenn er nicht genug auf Eins von beiden traue. s. noch z. B. **Dominic. Tuscus** l. c. und besonders **Leyser** Spec. 500. Nr. 5—8. — Andere Schriftsteller wollen beide Rechtsmittel auf verschiedene Weise auseinander halten. Die Einen sagen, (z. B. **Azo** Comm. ad Cod. ad tit. quor. bon.) „das Remed. habe man nur aus einem testamentum non cancellatum, non vitiatum, wo aber diese Eigenschaften fehlten, könne man immer noch mit dem Interdict klagen." Damit wären also die positiven Vorschriften Justinians über das äußere Unverletztsein des Testaments ganz hinweggeräumt. — Andere stellen beide Rechtsmittel so nebeneinander, daß man nicht recht sieht, ob sie beide auch in einem und demselben Fall dem Erben zugestehen wollen. So sagt **Voet** (ad tit. quor. bon.), neben dem Interdict bestehe noch für die testamentarische Succession das Rem. ex l. ult., ganz ähnlich in seinen Wirkungen, und nur dadurch unterschieden, daß es ein specielles Rechtsmittel für die testamentar. Succession sei und sich nach bestimmten Regeln richte, während beim Interdict die summaria cognitio nur aus den allgemeinen Regeln der Interdicte und der act. ad exhib. folge. — Noch Andere bringen nun gar auch die her. pet. possessoria dazwischen, die sie für ein possessorisches Rechtsmittel halten, wobei sie aber doch zugestehen, daß dies heutzutage nicht mehr in Gebrauch sei. „Hodie ut plurimum utuntur remedio l. ult. C. de ed. div. Hadr." sagen gleichlautend **Brunnemann** Comm. ad Pand. ad tit. de her. pet. poss. und **Müller** ad Struvium. eod. — In der **Nürnberger Reformation** (§. 187. Nr. 9.) ist das Verhältniß der missio und des Interdicts richtig so ausgesprochen, wie wir es uns auch gemeinrechtlich zu denken haben.

Interdict in dem speciellen Falle des **scriptus heres** durch die **l. ult. C. cit.** absorbirt sei. Lieber erklärten sie deßhalb ausdrücklich (was doch die in Note 2. citirten Schriftsteller sämmtlich vermeiden), daß der **scriptus heres** in der That zwei Klagen habe, wobei denn entweder willkührlich die eine noch als die vortheilhaftere bezeichnet, oder auch ganz nackt ausgesprochen wurde, der Vortheil liege eben nur darin, daß man hier für denselben Zweck zwei Rechtsmittel hintereinander habe [3])!

Ganz abgesehen nun von unserer Argumentation, daß Justinian durch gar keinen Umstand zeigt, er habe das Recht der vorhergehenden Kaiserzeit verändern wollen, abgesehen von dem Charakter der **l. ult. C. cit.**, welcher ein anderes Rechtsmittel auf gleichen Zweck durchaus nicht duldet, so reichen wir, däucht mich, hiergegen schon mit Folgendem aus. Angenommen es sei ganz zweifelhaft, welche von beiden Ansichten die richtige sei, sollen wir da als die wahrscheinliche Absicht Justinians die annehmen, welche ein durchaus vernünftiges Resultat abgiebt, und für den practischen Zweck vollkommen genügt, oder die, welche uns zu höchst sonderbaren ja ganz unjuristischen Ergebnissen führt? Und wäre es etwa nicht unjuristisch, daß, sobald wir beide Rechtsmittel dem **scriptus heres** gewähren, wir anerkennen müßten, es könne unter denselben Parteien über denselben Gegenstand allenfalls zweimal **de possessione** entschieden werden? Ich denke doch, daß es unsere, der Juristen, Pflicht ist, da, wo die Rechtsquellen zweifelhaft sind, sie mit gesundem Sinn so zu interpretiren,

3) **Raphael Fulgosius** (ad l. 1. C. quor. bon. §. 2.) legt großes Gewicht auf seine Ansicht, daß das Interdict noch ein besseres possessorium sei, als das Remed. ex l. ult. C., also könne der filius praeteritus gegen den missus erst mit dem Interdict, und dann mit der her. pet. klagen. (Eine ähnliche Ansicht ist §. 147. Note 4. erwähnt). — **Salicetus** (ad l. 2. C. quor. bon.) sagt, es scheine, daß für die sec. tab. b. p. das Interdict nicht bestehe, weil hier mit einem anderen Remedium geholfen werde, und sonst schiene dies Remed. ex l. ult. C. überflüssig erfunden zu sein. Sed teneo contrarium, quia verba edicti late patent, et indistincte loquuntur, nec unum superfluum est per aliud, quia interest nostra plura remedia habere, et istud est de mente Cyni. — s. auch §. 162. Note 3.

daß der ebenmäßige Organismus des Rechts dadurch nicht gestört werde!

Ueberhaupt ist dies einer der Fälle, worin sich das vielfach befolgte, und ich muß sagen unglückliche, Streben zeigt, sobald die Quellen irgend dazu Veranlassung boten, Rechtsmittel auf Rechtsmittel zu häufen, damit die besiegte Partei dieselbe nur etwas anders formulirte Frage immer wieder von Neuem zum Proceß bringen könne. Als wenn nicht gerade umgekehrt die richtige Handhabung des Rechtes darin bestände, daß dasjenige, was wahrhaft **eadem quaestio** bildet, gleich in einem einzigen Proceß zusammen erledigt werde! Die Endlosigkeit der Processe kann nicht bloß durch zu weitläuftiges Verfahren, durch übermäßige Zahl der Instanzen, sie kann auch durch unnütze Zerspaltung der Rechtsmittel bewirkt werden.

2. Es steht also nach dem Bisherigen fest, daß das Rechtsmittel des Einsatzes für den testamentarischen Erben die **missio Hadr.** für den Intestaterben das **Int. quor. bon.** ist. Indem beide so nach den verschiedenen Erbklassen auseinanderfallen, unterscheiden sie sich auch noch dadurch, daß bei der ersteren gemessene Rechtsvorschriften bestehen, nach denen, wenn der **scriptus heres** ihnen genügt, also eine äußerlich fehlerlose Testamentsurkunde vorgebracht hat, der Richter nun in Folge der Rechtsvorschrift das Testament als ein gültiges zu präsumiren, und den Einsatz zu vollziehen hat, ohne noch etwa andere Punkte über die wahrscheinliche Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments hineinziehen zu dürfen [4]). Dagegen bei dem Interdict, also für den Einsatz der Intestatklassen, haben wir gar keine formelle Rechtsvorschriften, nach denen die Wahrscheinlichkeit der Erbberechtigung vom Richter bemessen werden soll. Es ist hier also Alles dem eigenen freien **arbitrium** des Richters in Beurtheilung jener Wahrscheinlichkeit überlassen.

---

4) Außer wenn bereits die Gewißheit der Ungültigkeit des Testaments feststeht; also z. B. gleich ein anderes Testament vorgewiesen wird, welches entschieden jünger ist, so kann natürlich der im früheren Testament Instituirte den Einsatz nicht erhalten, vielmehr kann nun eben der Erbe des zweiten Testaments darauf antragen. s. Bayers Concurs-Proceß §. 70. Note 6.

Ich habe bereits im §. 146. (Text von Note 6. an) entwickelt, daß mir in dieser Stellung des Einsatzes bei den Intestatklassen durchaus nicht eine Gefahr vor blinder regelloser Willkühr des Richters zu liegen scheint, daß es vielmehr umgekehrt nur bei der testamentarischen Klasse in dieser Hinsicht einer bestimmten Rechtsvorschrift bedarf. So war es auch schon früher in der **b. p.** der klassischen Juristenzeit, und die **missio** hat sichtlich die Idee der für die **sec. tab. b. p.** früher aufgestellten Regel in sich aufgenommen. Dagegen für die Intestatklassen ist es, ganz abgesehen von der Zweckmäßigkeit, auch gar nicht einmal möglich, durch eine ähnliche allgemeine Rechtsregel, wie bei der testamentarischen Klasse, gewisse Punkte festzustellen, woraus die Wahrscheinlichkeit des Erbrechts soll geschlossen werden können. Es bleibt also nichts übrig, als es dem **arbitrium** des Richters zu überlassen, und daß dies auch nicht so gefährlich sei, sieht man schon daraus, daß, wo unsere Lehre in Particularrechten auftritt (wie in der Nürnberger Reformation), man es gar nicht für nöthig gehalten hat, die gemeinrechtliche Unbestimmtheit im Einsatze der Intestatklassen zu verändern.

Ein anderer wichtiger Unterschied zwischen der **missio** und dem Interdict ist noch der, daß bei ersterer dem **scriptus heres** die Anrufung der richterlichen Beihülfe zum Einsatz auch ohne das Vorhandensein eines Gegners möglich ist, während das Interdict nur dadurch begründet wird, daß ein Anderer als **pro herede** oder **pro possessore possessor** bereits im Besitze der Erbschaft sich befindet. Auch davon, und von dem inneren Grunde, wonach dieser Unterschied durchaus nicht unpassend erscheint, ist schon oben (§. 146. Note 5.) die Rede gewesen.

3. Abgesehen von diesen äußeren Unterschieden sind nun aber beide Rechtsmittel innerlich durchaus gleichartig. Sie sind schon in der späteren Römischen Kaiserzeit zusammengeschmolzen, und bilden auch in ihrer Anwendung in Deutschland, mag man sie nun **missiones in bona** oder **remedia adipiscendae possessionis** nennen, eine einzige Lehre des Einsatzes. Das Wichtige, was darin liegt, ist nach Römischer Ausdrucksweise, daß sie, falls überhaupt ein Gegner vorhanden ist, *resti-*

tutoriſche Rechtsmittel ſind, während der Einſatz des scriptus heres ohne einen Gegner prohibitoriſchen Charakter hat, — und ferner daß durch den Einſatz die wahre possessio, der juriſtiſche Beſitz erworben wird. Freilich war das Rechtsmittel, das Hadrian für den teſtamentariſchen Erben einführte, eine missio, und wird damals nach der allgemeinen Regel für Miſſionen nur Detention ertheilt haben, aber als es dann in der ſpäteren Kaiſerzeit zuerſt „ex more“ und darauf durch beſondere kaiſerliche Sanction das Interdict ganz verdrängte, als man ausdrücklich ſagte, daß die Agnition der b. p. und in Folge deren das Interdict ganz unnöthig ſei, da man ſchon durch die Miſſio daſſelbe erlange, — damals kann man letzterer denn auch unmöglich weniger Effect beigelegt haben, als das Interdict, das auf adipisci der possessio ging, gehabt hatte. Und daß dann Juſtinian dies wieder abzuändern durchaus nicht die Abſicht hatte, ſieht man aus der l. ult. C. de ed. d. Hadr. toll., wenn gleich auch darin vom Detiniren und von missio in possessionem die Rede iſt, zur Genüge [5]).

4. Während wir alſo in dem allgemeinen Effecte beider Rechtsmittel eine Verſchmelzung anzunehmen haben, ſo muß gleich noch ein Punkt erwähnt werden, von dem es ſehr zweifelhaft iſt, ob auch hier eine Ausgleichung eingetreten ſei, oder ob wir ihn den unter Nro. 2. erwähnten äußeren Verſchiedenheiten beizuzählen haben. Da aber dieſer Punkt in andere Lehren einſchlägt, die den Gränzen dieſes Werks fern liegen, ſo kann ich über denſelben nur kurze Andeutungen geben. Es fragt ſich nämlich, wer für die missio Hadriana, und wer für das Int. quor. bon. der competente Richter ſei?

In Beziehung auf die erſtere iſt die Antwort, wie für das Römiſche Recht, ebenſo auch wohl für die Deutſche Praxis unzweifelhaft. Der judex rei sitae hat excluſiv darüber zu entſcheiden [6]). Umgekehrt aber iſt für das Interdict im älteren Römiſchen Recht wohl unbedenklich anzunehmen,

5) Offenbar behandelt Juſtinian hier die Ausdrücke: mittatur in possessionem und: et ei acquiratur possessio als gleichbedeutend.

6) l. un C. ubi de her. ag. (3. 20.).

daß es sich nach der allgemeinen Regel aller **in rem** und **in personam actiones** [7]) gerichtet habe, und **in foro domicilii** angestellt werden mußte [8]). Das **forum rei sitae** ist erst im Jahr 385 für die **actiones in rem** eingeführt [9]), und der Versuch, es bereits aus der **l. un. C. ubi de her. ag.** herauszuinterpretiren, hat sehr wenig für sich. Erst seit dem Jahre 385 kann man daher dies **forum rei sitae** auf die **her. pet.** ausgedehnt haben. Für das **Int. quor. bon.** ist damit noch nichts bewiesen, denn es hatte sich in der späteren Kaiserzeit von der **her. pet.** sehr viel mehr entfernt, als dies früher der Fall gewesen war. Wann also, und ob durch analoge Ausdehnung von der **her. pet.** oder von der **missio Hadriana** aus, der **judex rei sitae** beim Interdict zugelassen wurde, ist gänzlich unklar. Jedenfalls muß dies seit der Novelle 69, in der ausdrücklich auch von den Processen **de possessione** die Rede ist, angenommen werden [10]). Aber wir gelangen hiermit doch nur dazu, daß von jetzt an das **forum rei sitae** mit dem des Domicils concurrirt, nicht aber zu der exclusiven Competenz des ersteren, wie sie für die **missio Hadriana** feststeht. Sollen wir nun also sagen, daß der testamentarische Erbe auch heutzutage allerdings durchaus an den **judex rei sitae** gebunden sei, daß aber die Intestaterben, wenn sie den Einsatz verlangen, auch den persönlichen Gerichtsstand des Bekl. wählen können?

Ich denke, wir dürfen dies verneinen. Wenn man berücksichtigt, daß der Einsatz für die testamentarische Klasse practisch immer die Hauptsache ist, daß der Einsatz der Inte-

7) **Vat. Fragm.** §. 326. s. darüber besonders **Bethmann-Hollweg** Versuche S. 51.

8) **Arndts** Beiträge I. 114. Allerdings kann man hier aus dem Verhältniß, in welchem das Interdict zur her. pet. stand, von letzterer auf ersteres schließen; aber freilich nicht in der Art, wie dies Arndts thut. Ich brauche dies wohl nicht weiter auszuführen. Außerdem spricht auch die l. 2. C. de interd. (vom J. 260.) und ihr wahrscheinlicher Zusammenhang mit der in Note 6. citirten Stelle, sehr für diese Annahme, wie Arndts a. a. O. S. 116. nachweist.

9) l. 3. C. ubi in rem act. **Bethmann-Hollweg** a. a. O. S. 61. ff.

10) **Bethmann-Hollweg** S. 66. ff.

ſtaterben, wenn auch gemeinrechtlich zuläſſig, doch ſelten vorkommt, und jedenfalls ſich jenem als gleichartig anſchließt, ſo darf man wohl ſagen, daß überhaupt die excluſive Competenz das **forum rei sitae** allgemein für die Lehre des Einſatzes anzuerkennen iſt. Es wird Niemand läugnen, daß es ſehr unpaſſend ſein würde, wenn die Inteſtatklaſſen hier anders ſtehen ſollten, als der **scriptus heres**. Man wird ferner es auch nicht für unpaſſend erklären, daß über die Einweiſung in den Beſitz nur der Richter der belegenen Sache entſcheiden kann. Es fragt ſich alſo lediglich, ob die Ineleganz, die ſich hier für die Inteſtatklaſſen in den Römiſchen Quellen zu finden ſcheint, lediglich durch neue Geſetzgebung getilgt werden kann, oder ob die Wiſſenſchaft berechtigt iſt, ſie nach dem Weſen der Sache auszugleichen. Ich glaube, wir ſind zu dem Letzteren berechtigt, und dürfen, da für das Interdict doch jedenfalls ſich nichts direct Widerſprechendes in den Römiſchen Quellen findet, den für die **missio** entſchieden feſtſtehenden Rechtsſatz auch als für das gleichartige Interdict geltend annehmen, ſo wenig ſich im Uebrigen die Wiſſenſchaft und das Gewohnheitsrecht für excluſive Competenz des **forum rei sitae** bei **in rem actiones** feſtgeſtellt hat [11]).

§. 193. — 5. Gegenſtand des Einſatzes. — Es iſt bereits im dritten Buche nachgewieſen worden, daß unſere beiden Rechtsmittel ſchon in der vorjuſtinianeiſchen Kaiſerzeit rückſichtlich des Gegenſtandes vollkommen gleichſtehen. Beide ſind nach der techniſchen Ausdrucksweiſe der Quellen (ſ. §. 144. Nro. 2. §. 162. zu Note 2.) auf die **corpora hereditaria** [1]), oder, wie man auch ſagte, auf die **res, quae**

11) Bethmann-Hollweg S. 73.

1) Nach Römiſcher Auffaſſung ſind hierunter nur die wahrhaft körperlichen Sachen der Erbſchaft verſtanden. Nun aber fragt ſich, ob hierin dadurch eine Veränderung eingetreten ſei, daß das deutſche Recht einen Quaſibeſitz bei allen den Rechten anerkennt, an welchen eine rechte Gewere Statt fand, oder welche nach neuerer Ausdrucksweiſe auf Grund und Boden radicirt ſind (Dunker in der Zeitſchr. f. Deutſch. R. II. 2. S. 50). In der That bejahen dies viele Schriftſteller, denen zufolge das Int. quor. bon. als utile auch auf die Sachen gerichtet werden kann, welche, wenn auch an

testatoris mortis tempore fuerunt gerichtet, und es ist oben mehrfach hervorgehoben, daß man darunter nicht die im Eigenthum des Erblassers stehenden Sachen, sondern lediglich diejenigen verstand, welche er im Momente seines Todes unter seiner factischen Herrschaft hatte. Darin also liegt, daß diese Sachen nicht schon bei Lebzeiten des Erblassers durch Rechtsgeschäfte oder Delicte in den Besitz Anderer gekommen waren, und umgekehrt dürfen sie nicht schon nach dem Tode in den Besitz des Erben gelangt, und so wieder aus dessen Händen gekommen sein, denn mit der Besitzergreifung des Erben hören sie auf **corpora hereditaria** zu heißen. Mithin kann der, welcher jetzt besitzt, sich nur auf eigenmächtige Besitzergreifung der **corpora jacentia** stützen, sei dies **bona** oder **mala fide** geschehen, und danach kann man denn sowohl beim Interdict als bei der Missio (sobald hier überhaupt ein Gegner vorhanden ist) den **pro herede** und **pro possessore possessor** mit ihrer verschiedenen Haftungspflicht trennen [1a]).

Ich brauche zur Erklärung dieser Sätze hier nichts weiter hinzuzufügen. Nur einige Folgerungen, die sich von selbst daraus ergeben, habe ich noch namhaft zu machen:

a. Der Einsatz betrifft nicht die Sachen, welche ein Anderer **titulo singulari** besitzt [2]), und zwar muß hier, wenn

sich unkörperlich, doch **rebus corporalibus adhaerent**; darunter werden dann aufgezählt die Prädial-Servituten, das **jus venandi piscandi pascendi, jurisdictio castri, annuae pensiones, jura emphyteutica, feudalia.** s. z. B. **Menoch** §. 83—86. **Lauterbach** l. c. ad tit. quor. bon. §. 8. **Hahn** ad **Wesenbecium** ad tit. quor. bon. (Int. utile). **Müller** ad **Struvium** ad tit. quor. bon. §. 17. Ich habe nicht gefunden, daß man dieser Ansicht widersprochen hat, nur scheint man die Frage neuerdings vergessen zu haben. — Vom Standpunkt des Römischen Rechts scheint entgegenzustehen, daß, was man nicht restituiren kann, nicht in das (restitutorische) Interdict gehört, weßhalb ja auch Servituten nicht in die her. pet. hineinpassen. s. Bd I. S. 317. Note 2. Doch könnte man vielleicht sagen, das Deutsche Recht sei hier selbständig weiter gegangen, und man könne, da an allen diesen Sachen gleichsam wie an Grundstücken Besitz statt findet, nun auch den Einsatz in denselben verlangen, wenn sie zur Erbschaft gehören.

1a) So geschieht es auch in der Nürnberger Reformation.

2) Ueber diesen Punkt ist viel Zweifel gewesen, ich glaube aber, er ist

Zweifel entstehen, der Kläger beweisen, daß die fraglichen Sachen **mortis tempore** im Besitz des Erblassers waren (§. 146. Note 9.).

b. Ebensowenig, wie mit dem Interdict **de debitores** belangt werden können [3]), ist auch die **missio** darauf gerichtet.

c. Natürlich kann weder die **missio** noch das Interdict gegen Jemanden gerichtet werden, der gar nicht Besitzer ist [4]).

---

so klar, daß es nicht von Interesse ist, die Literatur desselben weitläuftig anzugeben. Auch die, welche die Belangung des **titulo singulari possidens** läugnen, stützen dies oft auf sehr verkehrte Gründe. s. z. B. **Bartolus** ad l. 1. C. quor. bon. §. 15. **Menoch** l. c. §. 60. ff. **Schneidewinus** l. c. §. 17—30. Besondere Schwierigkeiten machte man sich durch die Frage: wie denn der Bekl., da darunter kein tit. sing. possidens verstanden werde, überhaupt ersitzen könne, und wie nun die Edictsworte: **si nihil usucaptum sit** (s. Bd. I. S. 101. ff. u. §. 144. Nr. 3.) zu verstehen seien s. **Baldus** ad Rubr. C. quor. bon. **Cinus** l. c. §. 2. **Salicetus** ad Rubr. C. quor. bon.

3) Bd. I. S. 314. ff.

4) Dies sagen schon **Bartolus** und Andere. Dagegen **Menoch** (l. c. §. 48.) bezweifelt es, da doch, auch ohne daß der Bekl. besitze, zwischen ihm und dem Kläger Streit sein könne! — Anders ist es, wenn aus besonderem Grunde Jemand als Besitzer **fingirt** werden kann. Ein solcher Fall wird von **Pfeiffer** (Pract. Ausf. I. S. 208 ff.) mitgetheilt, wo der Allodialerbe, dem durch Immissionsdecret der Regierung der Besitz überwiesen war, obgleich er die wirkliche Apprehension in Abrede stellte, dem Lehnsfolger gegenüber als Besitzer angenommen werden mußte. Ich muß aber die bei dieser Gelegenheit geäußerte Ansicht Pfeiffers durchaus zurückweisen, „daß der, welchem die **missio Hadriana** zusteht, ohne Zweifel gegen den, welcher das **Int. quor. bon.** anstellen könnte, seine Klage zu richten befugt ist, ob wohl derselbe noch nicht Besitzer ist, sondern nur ein Besitzesrecht geltend machen will." Also nicht bloß der, **qui dolo desiit possidere**, sondern auch der, welcher ohne allen **dolus** noch nicht angefangen hat zu besitzen, der auch nicht einmal **liti se obtulit** (s. übrigens Bd. I. S. 396. Note 6.), soll belangt werden können! Wie nun aber, wenn er mit seinem Interdict abgewiesen wird, oder den Proceß, weil ihm der Besitz durch jenen Gegner ja doch gleich wieder weggenommen würde, aufzugeben beschließt, soll er da noch immer verurtheilt werden können? Eine ähnliche Ansicht, wie Pfeiffer, spricht **Gerau** (Zeitschr. **XX.** S. 287—305) aus, mit ganz unhaltbaren Gründen. — Am Ende wird das Interdict durch

Aber wir müssen nach den vorher angegebenen Grundsätzen noch hinzusetzen, daß auch derjenige Besitzer der **corpora hereditaria** nicht belangt werden kann, welcher nicht eigenmächtiger **pro herede** oder **pro possessore possessor** ist. Dahin gehört einestheils der, welcher bereits selbst den richterlichen Einsatz erlangt hat. Also weder eine Intestatklasse, die mit dem **Int. quor. bon.** siegte, kann durch die **missio Hadriana**, noch auch ein durch letztere Eingesetzter kann wieder durch einen Anderen vertrieben werden, der sich etwa auf ein äußerlich ebenfalls fehlerloses aber *späteres* Testament beruft (s. §. 162.), vielmehr muß jetzt immer sogleich die Wahrheit völlig untersucht, d. h. die **her. petitio** angestellt werden. — Anderntheils gehört hieher ein neuerdings nicht selten vorkommender Fall, wenn nämlich der Richter schon durch anderweitige Verfügung eingegriffen hat, indem er die Erbschaft *sequestrirte*. Durch Sequestration kann der juristische Besitz übertragen werden, sobald der Wille des Uebertragenden darauf gerichtet ist. Der Richter hat nun die Befugniß, diesen juristischen Besitz der Erbschaft dem Einzelnen nach summarischer Untersuchung zu verleihen. Wenn er dies nun aber nicht thut, sondern ohne das Auftreten der Erbprätendenten abzuwarten, oder auch nachdem schon Mehre mit widersprechenden Ansprüchen aufgetreten sind, die Güter einem Sequester übergiebt, so fragt sich doch, welchen vernünftigen **animus** wir dieser seiner Handlung zu imputiren haben. Es ist wohl zu bemerken, daß es sich hier um das **adipisci** der **possessio** handelt, nicht um die *Schützung* eines schon vorhandenen oder verloren gegangenen Besitzes. Bei letzteren Fällen hat es Sinn, daß man dem Sequester nur die Detention übergiebt, und ihn als Repräsentanten dessen ansieht, der in Wahrheit besitzt, (was immer Einer von den streitenden Parteien ist), bis dann der Streit über das Recht des Besitzes entschieden ist. Aber von den possessorischen Processen im eng. Sinn scheiden sich die auf **adipisci** der **possessio** ihrer ganzen practischen Bedeutung nach vollkommen. Unser Einsatz soll und darf nichts Anderes sein,

derartige Argumentationen zu einer reinen Präjudicialklage umgewandelt, woran doch nicht zu denken ist.

als eine rasche interimistische Verfügung des Richters, bis das definitive Recht des Erbewerbens entschieden ist. Wollte nun der Richter bis zur Entscheidung jener raschen interimistischen Verfügung noch eine Sequestration anordnen, d. h. eine andere ebenfalls rasche interimistische Verfügung treffen, so würde er sich selbst widersprechen, er würde in ganz unnützer und verkehrter Weise zwei auf dasselbe Ziel gehende Mittel auf einander häufen. Gestattet der Richter, nachdem er sequestrirt hat, noch das **Interd. adipiscendae possessionis**, so verkennt er das Wesen des Letzteren, und es wird dadurch wieder jener unglücklichen Neigung Nahrung gegeben, Processe auf Processe zu häufen, ohne daß irgend ein practisches Bedürfniß vorliegt [5]).

d. Das **Int. quor. bon.** geht auch gegen den, **qui dolo desiit possidere**, wobei denn die Frage entsteht, ob wir dies auf die **missio Hadriana** übertragen dürfen. Gesteht man mir zu, daß beide Rechtsmittel ein einziges gleichartiges Institut geworden sind, so mag dagegen wohl wenig eingewandt werden können.

6. Kläger ist jeder **heres** im weitesten Sinn des Worts, mag er sich auf Römisches Civil- oder Prätorisches, mag er sich auf Deutsches Gewohnheitsrecht rücksichtlich seiner Befugniß der directen Universalsuccession stützen. Also im Gebiete des Römischen Rechts können jedenfalls die testamentarischen [6]) und die Intestatklassen den Einsatz in Anspruch nehmen, dage-

5) Freilich erkennen auch Particularrechte die Möglichkeit des possessorium nach erkannter Sequestration an, s. die Nürnberger und Baseler Gerichtsordnung §. 187. Aber hier bindet den Richter Nichts, die Institute nach dem Wesen der Sache so zu handhaben, wie es einer vernunftgemäßen Gestaltung des Rechtslebens entspricht. Wahrlich, wenn der Einsatz so immerfort gehandhabt wird, wie dies freilich bisher oft genug geschehen ist, wenn der Proceß darüber ebenso viel Jahre dauert, als er Tage erfordern sollte, so wäre es allerdings besser, wir hätten das ganze Institut gar nicht, und es gäbe lediglich eine her. petitio. Ganz verkannt ist dies von Gerau a. a. O. S. 305—314.

6) Ob auch der heres ex re certa dazu befugt sei, (s. darüber Ripa ad tit. D. quor. bon. Menoch l. c. §. 37. 38. Schneidewinus l. c. §. 22.) beantwortet sich aus der anderen Frage, wie weit man ihn überhaupt als Universalsuccessor aufzufassen habe. — Unter dem scriptus heres ist aber nicht bloß der in einem Privat-

gen müſſen wir allerdings wohl die, welche als Notherben auftreten, vollkommen davon ausſchließen. Nach den neueren Geſtaltungen des Notherbenrechts (wodurch das formelle ausgeſchloſſen iſt) wird immer vorausgeſetzt, daß der Notherbe entweder mit der **querela inoff.** (die Geſchwiſter) oder mit der Klage aus der Nov. 115. (die De- und Aſcendenten) auftrete. Beide Rechtsmittel aber ſind **hereditatis petitiones**, alſo es muß, was auch durchaus paſſend iſt, ſogleich definitiv über das Begründetſein des Notherbenrechts entſchieden werden.

Im Gebiete des Deutſchen Rechtes iſt von jeher namentlich den vertragsmäßigen Erben, ferner überhaupt denen, welche **vigore statuti** oder **consuetudinis** gerufen werden (ſ. §. 191. Note 7. u. 8.), das Recht des Einſatzes zugeſtanden worden. Und ebenſo hat man nach **II. Feud. 26. pr.** dem **filio vel agnato ab intestato ad feudum venienti** das **utile Int. quor. bon.** beigelegt [7]) (ſ. übrigens noch §. 1. u. 2. **eod.**).

7. Eine beſonders wichtige Frage iſt nun aber, was in dem Proceſſe des Einſatzes zu *beweiſen* ſei. Wir müſſen in dieſer Hinſicht zwei Klaſſen genau trennen.

Zuerſt hat der, welcher den Einſatz verlangt, in Beziehung auf die *Sachen*, welche er in Anſpruch nimmt, ein Doppeltes darzuthun, ſobald im einzelnen Fall Zweifel darüber entſtehen. Er muß beweiſen, daß die Sachen **mortis tempore** im Beſitz des Erblaſſers geweſen waren, und daß dieſelben ſich jetzt im Beſitz des Beklagten befinden (ſ. Nro. 5.). Dies ſind die beiden Grundvorausſetzungen des Interdicts, und ebenſo iſt auch bei der **missio Hadriana** jener erſtere Beweis ſtets, der letztere wenigſtens dann, wenn ſie gegen einen beſtimmten Beklagten gerichtet wird, eine Nothwendigkeit. Beide Beweiſe ſind auch bei dem **Int. quor. bon.** zu allen Zeiten, durch die es ſich in verſchiedenen Geſtalten hingezogen hat, unverändert vorgekommen, und es iſt nicht der geringſte Grund vorhanden, daß nicht

---

teſtament, ſondern ebenſo der in einem öffentlichen Eingeſetzte zu verſtehen.

7) **Müller ad Struv. ad tit. quor. bon. §. 15.** ſetzt aber mit Recht hinzu: **non vero competit pro adipiscendo feudo, de quo quis abusive institutus est**, ebenſowenig wie der Käufer einer Sache oder der Legatar es anſtellen könne.

ſtets, wenn einer dieſer Punkte vom Beklagten in Abrede genommen wurde, vom Kläger wahrer Beweis gefordert worden ſei. Ich glaube, dies ſteht durch meine früheren Unterſuchungen feſt genug, ſo daß ich es hier ohne weitere Auseinanderſetzung auch als practiſches Recht hinſtellen kann.

Anderntheils aber beziehen ſich die Nachweiſungen des Klägers noch auf ein anderes Gebiet, nämlich ſeine eigene perſönliche Berechtigung. In dieſer Hinſicht iſt freilich für die missio Hadriana die Frage einfach und leicht zu beantworten. Der Petent muß zeigen, daß er in einem äußerlich gültigen Teſtamente, wie dies die l. ult. C. cit. genauer vorſchreibt, eingeſetzt ſei. Dies läuft alſo ungefähr auf daſſelbe hinaus, als was in der klaſſiſchen Juriſtenzeit durch die sec. tab. b. p. erlangt wurde. Der b. possessor sec. tab. hatte bei Agnition der b. p. ähnliche bedingende Beweiſe erbringen müſſen, und erhielt dann durch das Int. quor. bon. den Beſitz. Nur war der Unterſchied, daß der Bekl. dagegen vernichtende Beweiſe vorbringen konnte, während Juſtinian in der l. ult C. cit. allen Streit über die innere Gültigkeit des Teſtaments ausſchließt. Und ſo mag es auch wohl ſchon in der ſpäteren vorjuſtinianeiſchen Kaiſerzeit geweſen ſein.

Wie aber ſteht es heutzutage mit dem für die übrigen Erbklaſſen geltenden Int. quor. bon.? Es bedarf keines weiteren Beweiſes, daß wir dem Recht der klaſſiſchen Juriſtenzeit (Bd. I. S. 386 ff.) gar keine directe Bedeutung für unſere heutige Zeit zuſprechen können. Das Interdict, wie wir es haben, iſt erſt aus den Geſtaltungen der ſpäteren Kaiſerzeit hervorgegangen. Das aber, was es damals wurde, iſt es auch unverändert unter Juſtinian geblieben, und ſo folgt denn, daß die Reſultate unſerer im §. 144. Nro. 1. und 3. gegebenen Unterſuchungen die Grundlage für unſer heutiges Recht enthalten müſſen. In der ſpäteren Kaiſerzeit und ebenſo nach Juſtinianeiſchem Recht mußte der Kläger erſtens beweiſen (und nicht bloß beſcheinigen), daß er die b. p. zu rechter Zeit agnoscirt habe. Zweitens aber hatte er jetzt im Interdictenproceß die „bedingenden Beweiſe“ vorzubringen, welche früher dem Prätor vor Ertheilung der b. p. geliefert werden mußten. Der Richter mußte die Wahrſcheinlichkeit der klägeriſchen Be-

hauptungen [8]) und die Unwahrscheinlichkeit der vom Beklagten vorgebrachten prüfen. Gesetzliche Vorschriften, nach denen er sich hierin, ähnlich wie bei der **missio**, hätte richten müssen, sind nie gegeben worden, es war also Alles dem richterlichen Arbitrium überlassen.

Was folgt hieraus für unser heutiges Recht? Jener erste Beweis fällt hinweg, weil das Interdict jedem **heres** zusteht. Im Uebrigen aber müssen wir in Beziehung auf jenen zweiten Beweispunkt dem Richter auch heutzutage durchaus dasselbe Arbitrium zugestehen, welches auch schon im Römischen Rechte galt.

Unsere Literatur scheint mir in dieser Beziehung einen falschen Weg gegangen zu sein, auf dem sich nie ein Resultat wird erlangen lassen. Man hat hier immer aus der Natur der Sache Sätze ableiten wollen, welche als nothwendige Folgerungen für den Richter bindende Regeln enthalten sollten. Aber die *Wahrscheinlichkeit* ist etwas ganz Willkührliches, über welche verschiedene Menschen sehr verschiedene Ansichten zu haben pflegen, und bei der es auch überhaupt stets auf die factischen Verhältnisse jedes einzelnen Falls ankommt. Aus der Natur der Sache folgt hieraus also gar nichts, und wenn es daher für den Richter bindende Vorschriften geben soll, so können dies nur rein positive gesetzliche Bestimmungen sein. Da wir aber diese bekanntlich nicht haben, so folgt es von selbst, daß Alles dem freien Arbitrium des Richters überlassen bleiben muß. Die Regeln, die die Wissenschaft hier aufstellen kann, gehören lediglich in das Gebiet der Rathschläge, durch die man dem Richter allgemeine Anleitung giebt, wie er im einzelnen Fall am umsichtigsten verfahren werde. Eine höhere Kraft haben sie nicht.

Solcher Rathschläge, die aber freilich nach der Absicht der Schriftsteller mehr bedeuten sollten, sind folgende aufgestellt worden.

a. Es brauchen manche Punkte, welche in dem Proceß über die *Gewißheit* (**her. pet.**) allerdings in Betracht kom-

8) Diese Behauptungen beziehen sich theils auf die eigene persönliche Berechtigung, theils auf das Nichtvorhandensein anderer näher berechtigter Personen (§. 144. Note 5. §. 153. Note 1.).

men, in dem Verfahren über den Einsatz nicht untersucht zu werden, sie sind also bis zum Erbschaftsproceß auszusetzen. In dieser Hinsicht hat man meistens nur von den Behauptungen des Beklagten gesprochen, und sich ziemlich dahin geeinigt, daß nur einige wenige Exceptionen gegen das Interdict vorgebracht werden dürften [9]). Gewiß ist es richtig, daß der Richter den Zweck des Einsatzes verfehlen würde, wenn er die Vorbringung aller möglichen Exceptionen zulassen wollte, und er ist durchaus berechtigt, sie insgesammt (auch mit Inbegriff der in Note 9 aufgezählten) auszuschließen. Man hätte nur noch weiter gehen, und, statt immer bloß von den aus dem Interdictsproceß auszuscheidenden Behauptungen des Beklagten zu sprechen, umgekehrt die Frage auch auf den Kläger übertragen sollen. Auch für ihn giebt es vielerlei Punkte, die freilich zur her. pet. gehören würden, einstweilen aber beim Einsatz noch ununtersucht und unbewiesen bleiben können, trotz dem, daß er als wahrscheinlicher Erbe bereits einzusetzen ist. Ich werde hierauf unter Nro. c zurückkommen.

b. Von jeher hat man angenommen, daß überhaupt alle Behauptungen der Parteien, sowohl die klägerischen, als auch die des Beklagten, soweit man sie überhaupt zuläßt, in continenti bewiesen werden müssen [10]). Und in der That kann

9) Als solche Exceptionen hat man aufgezählt die Einrede der Verjährung von 30 J. (Menoch l. c. §. 101.), die exceptio dominii (Raphael Fulgosius ad l. 3. C. quor. bon. Bartolus ad l. 3. C. eod. Baldus eod. Menoch §. 103. Man sieht hieraus, daß man sich den richtigen Satz, das Interdict gehe nicht gegen den titulo singulari possidens, doch unklar dachte), die exceptio latae sententiae in petitorio (Menoch §. 108.), die exceptio doli (Bartolus l. c. meint dies wegen reg. 59. de regul. jur. in VIto). Von den späteren Schriftstellern werden diese Exceptionen meistens wiederholt. — Man hat in Beziehung auf die Zulässigkeit der Einreden die missio und das Interdict stets als gleichartig behandelt, und von dem Einen auf das Andere geschlossen. Schon Azo Summa Cod. ad tit quor. bon. thut dies; und man ist auch vollkommen dazu berechtigt.

10) Die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller (und so auch die Späteren) heben dies bei den Einreden, welche sie überhaupt zulassen, stets ganz besonders hervor. Salicetus (ad l. 3. C. quor. bon.) stellt denn auch ganz allgemein den Satz auf, daß alle ex-

dieser Regel in so allgemeiner Fassung vollkommen beigestimmt werden; sie ist das, worauf ein vernünftiges Arbitrium des Richters nach dem ganzen Zwecke des Einsatzes von selbst führt. Jemand der rasch den interimistischen Besitz verlangt, würde sich selbst widersprechen, wenn er für sein Gesuch weitaussehende und langdauernde Beweisführungen in Anspruch nehmen wollte. Er kann sich daher nicht beklagen, wenn der Richter ihn in solchem Falle mit seinem Verlangen abweist. Und umgekehrt, da der Richter befugt ist, alle die Sache verweitläuftigenden Einreden auszuschließen, so versteht es sich von selbst, daß, wenn er es passend hält, sie zuzulassen, er dies rathsamer Weise unter jener Beschränkung thut.

Aber unsere Regel ist nur eine ganz allgemeine. Alle specielleren Folgerungen, die man daraus gezogen hat, namentlich daß hier die Grundsätze des Executivprocesses angewandt werden müßten [11]), entbehren jedes Grundes.

c. Während in den vorhergehenden beiden Sätzen unserer Literatur allerdings ein richtiges Element liegt, muß man sich besonders entschieden gegen die dritte Regel, welche außerordentlich oft wiederholt worden ist, verwahren. Sie bezieht sich lediglich auf den Kläger, und es sollen danach alle von demselben aufgestellten Behauptungen nur einer **semiplena probatio** bedürfen. Sie ist auch niemals ganz allgemein herrschend geworden, viele Schriftsteller haben vielmehr auch im Interdictsproceß die Erbringung eines vollen Beweises für eine entschiedene Vorschrift des Römischen Rechts erklärt [12]).

---

ceptiones, welche nicht in continenti bewiesen werden könnten, auszuschließen seien.

11) Dagegen erklärt sich mit Recht Bayer Summ. Proc. §. 70. Note 4. So versucht neuerdings auch wieder Gerau a. a. O. S. 326 ff. „aus dem Zweck und Erfolg der possessorischen Rechtsmittel, aus den gesetzlichen Dispositionen selbst, und den allgemeinen Grundsätzen über Rechtsgleichheit der Parteien" nachzuweisen, daß nothwendig von beiden Seiten nur liquide Beweismittel, also Urkunden, vorgebracht werden dürften, Eide mithin ausgeschlossen seien.

12) Die Hauptstelle, auf die man sich dabei stützte, war die l. 1. C. quor. bon. (s. Bd. I. S. 389), worin es heißt: interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel b.

Aber allerdings kann man jene Ansicht, daß nur ein halber, summarischer Beweis nöthig sei, die durchaus vorherrschende nennen [13]).

Im Römischen Rechte ist nun dieser Begriff einer **semiplena probatio**, wie ihn die Neueren gefaßt haben, gar nicht zu finden. Im Allgemeinen freilich kann man wohl zugeben, daß, da es sich hier nicht um die Gewißheit sondern Wahrscheinlichkeit des Erbseins handelt, der Richter nicht streng an die processualischen Beweisregeln, die sich eben auf die Herstellung der juristischen Gewißheit beziehen, gebunden ist. Vielmehr hat der Richter auch in dieser Hinsicht eine freiere Stellung, es kommt darauf an, daß ihm eine vernünftige Ueberzeugung von der Wahrscheinlichkeit des klägerischen Rechtes erweckt werde [14]). Allein hiemit scheint mir der Hauptpunkt, auf den es eigentlich ankommt, noch gar nicht getroffen zu sein.

---

p. admissum probaveris. Da diese Worte sehr deutlich sprechen, so haben sie den Freunden der semiplena probatio von jeher viel Schwierigkeit gemacht.

13) Schon Bartolus sagt, (ad l. 1. C. quor. b. §. 3.) mit Berücksichtigung der in voriger Note angeführten Stelle, es sei z. B. nur die quasi possessio filiationis zu beweisen, §. 10. das Interdict sei daher viel nützlicher als die her. pet., indem bloß summaria cognitio und semiplena probatio erfordert werde. Wenn die Glosse sage, hier müsse auch plene bewiesen werden, so widerspreche sie sich selbst. Es sei dies aber so zu verstehen: der Beweis bei der Agnition der b. p. sei noch summarischer, und im Gegensatz davon konnte man den beim Interdict schon plena nennen, der dann aber doch im Verhältniß zur her. pet. nur summarisch sei! Als Grund wird angegeben, daß ista causa sit modici praejudicii, und man Alles ja noch genauer im Erbschaftsstreit kennen lerne. — Ganz ähnlich ist Raphael Fulgosius ad l. 1. C. quor. bon. §. 6. ad Rubr. C. quor. bon. §. 4. s. auch Baldus ad l. 1. C. quor. bon. Schneidewinus l. c. §. 45. — Zu den Gegnern dieser Ansicht gehört namentlich Menoch §. 96., welcher mit Ripa und Salicetus annimmt, da bei den Interd. recuper. poss. voller Beweis nöthig sei, so müsse dies auch für die adipiscendae angenommen werden. — Es ist nicht nöthig, alle die folgenden Schriftsteller, jenachdem sie der einen oder anderen Ansicht sind, hier aufzuzählen.

14) Ganz richtig stellen Cinus ad C. quor. bon. und Raph. Ful-

Man hat irrthümlich die Sache immer so gefaßt, als wenn der Kläger alle zur Begründung seines Erbrechts nöthigen Thatumstände, ebenso wie sie zur **her. pet** gehören, nachzuweisen habe, und der Unterschied nur sei, daß er sie bei der **her. pet.** vollständig, dagegen beim Interdicte bloß zur Hälfte darzuthun habe. Ich will hier nicht weiter ausführen, wie schwierig und practisch undurchführbar dieser Begriff der **semiplena probatio** ist. Es genügt zu bemerken, daß wir davon im Römischen Rechte beim **Int. quor. bon.** gar keine Spur entdecken können. Vielmehr finden wir hier ganz etwas Anderes, das, wie mir scheint, eine viel natürlichere und practisch brauchbarere Regel enthält.

Jedes Erbrecht stützt sich auf eine oft sehr große Reihe einzelner Voraussetzungen. Ich habe nun in den früheren Untersuchungen nachgewiesen, daß diese zur Zeit der klassischen Juristen in die zwei Klassen der bedingenden und vernichtenden Beweise zertheilt waren, d. h. nur einzelne Punkte aus der ganzen Zahl der Voraussetzungen wurden herausgehoben, diese ließ sich der Prätor bei Agnition der **b. p.** beweisen, und danach ward der Erbittende, mit Uebergehung der übrigen Punkte, als der wahrscheinlich Berechtigte präsumirt. Der Unterschied war nur, daß bei der **sec. tab.** aus besonderen Gründen dieser herausgehobene „bedingende Beweis“ ein für allemal im Edict fest bestimmt war, während dies bei den übrigen Klassen dem Ermessen des Prätors im einzelnen Fall überlassen blieb. Ich habe aber bei jeder einzelnen Klasse nachgewiesen, welche Punkte wir uns ungefähr in dem Kreise dieser bedingenden Beweise zu denken haben, wobei denn noch zu berücksichtigen ist, daß diese Beweise wenn es dem Prätor passend schien auch noch ganz suspendirt und der Beurtheilung des **judex** im Interdictenproceß überlassen bleiben konnten [15]). So war z. B. bei der **c. t. b. p.** ein Hauptpunkt, der schon bei der Agnition oder wenigstens im nachfolgenden Proceß vom Kläger bewiesen werden mußte,

---

gosius (ad l. 1. C. q. b.) das Princip auf: fidem judici faciendam.

15) s. Bd. I. S. 391.

das Kindesverhältniß zum Erblasser [16]). Und hier liegt nun nicht der geringste Grund vor, daß über diesen Punkt nicht ein wahrer Beweis, wie ihn die Römischen Beweisregeln überhaupt forderten, habe erbracht werden müssen.

Gegen den Kläger konnten dann vom Gegner die vernichtenden Beweise vorgebracht werden, und dies war nöthig, da die b. p. ja in der klassischen Juristenzeit gar nicht bloß zur Verleihung eines interimistischen Besitzes diente. Dagegen waren allerdings alle Behauptungen des Beklagten, welche darauf ausgingen, daß er heres sei, abgesehen von geringen Ausnahmen unzulässig. In der späteren Kaiserzeit haben wir nun dies sich dahin umgestalten sehen, daß das Interdict sich jetzt lediglich auf Herstellung eines interimistischen Besitzes beschränkte, daß die Gegenbehauptung des heres-Sein zugelassen wurde, aber nun der Richter nur über die Wahrscheinlichkeit der Behauptungen des Klägers und des Beklagten entschied. Sollen wir nun glauben, die Beweisart der klägerischen Behauptungen sei dadurch verändert? Ich sehe nicht den mindesten Grund. Das was früher bei der Agnition geschah, war in den Interdictenproceß hinübergeschoben, was der Prätor sich reservirt hatte, war jetzt dem Richter überlassen. Daß der Richter es in ganz anderer Weise ausgeübt habe, ist schon in sich selbst unwahrscheinlich, ja es wird direct dadurch widerlegt, daß die Compilatoren es für passend fanden, die in Note 12 citirte Stelle unverändert aufzunehmen.

Wir können also allerdings sagen, daß im Interdictenproceß über die Wahrscheinlichkeit entschieden wird, und es für den Kläger nur der Bescheinigung seines Erbrechts bedarf, aber wir dürfen dies nicht so verstehen, daß über alle Voraussetzungen des Erbrechts ein halber Beweis zu liefern wäre, sondern der Richter hat nach vernünftigem Ermessen einen oder mehre Hauptpunkte zum Beweise auszuwählen, welche genügen, um die Wahrscheinlichkeit des klägerischen Erbanspruches daraus zu schließen, er muß, was überhaupt von den Lebens- und Verwandtschaftsverhält-

16) s. oben §. 98. a. E. fr. 8. §. 12. de b. p. c. t. „Ut autem admittantur ad b p., ex liberis eos esse oportet. Ebenso die Note 12 citirte Stelle: non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse — probaveris.

nissen des Erblassers so wie des Erbprätendenten bekannt ist, dabei berücksichtigen. In dieser Hinsicht gilt das oben (Text zu Note 14.) Gesagte, daß der Richter in Beziehung auf das, was er einstweilen als richtig voraussetzen und was er umgekehrt zum Beweise verstellen soll, durchaus nicht an die processualischen formellen Beweisregeln, und namentlich nicht an den Satz: **quod non est in actis, non est in mundo** gebunden sein kann. Wir müssen nothwendig, wenn der Einsatz eine vernünftige Gestaltung haben soll, ihn als ein Institut betrachten, in dem der Richter zum Zweck einer umsichtigen Erbschaftsregulirung mit passender Berücksichtigung der Umstände selbständiger und nicht als ein Sclave der Akten eingreifen kann. Darf er ja doch nach freiem Ermessen den Gütern einen Curator setzen, oder sie sequestriren, und entscheidet er ja doch, wie ich vorher gezeigt habe, durch letztere Verfügung **implicite** über die Unzulässigkeit des Einsatzes. So muß denn auch umgekehrt bei der Zulassung des Einsatzes seine Thätigkeit dieselbe sein. Man muß bedenken, daß es sich hier nicht um ein schon bestehendes, und vom Gegner verletztes Recht, sei es auch nur des Besitzes handelt. Das ganze Institut ruht nur auf dem Grunde, daß man es für passend hält, ehe über das Erbrecht entschieden wird, demjenigen durch richterliche Machtvollkommenheit zum Besitze zu verhelfen, welcher die Wahrscheinlichkeit für sich hat, und einem eigenmächtigen Besitzergreifer gegenübersteht (§. 145.). Es ist kein Proceß über ein verletztes Recht, sondern es ist ein Verfahren, was sich daraus gestaltet, daß rathsamer Weise die Erbschaftsregulirung, auch abgesehen von den eigentlichen Processen über das Erbrecht, unter richterlicher Oberaufsicht stehe. So muß denn auch der Richter befugt sein, seine eigenen Kenntnisse von der Lage des Erbfalls walten zu lassen. Er muß z. B. wenn verschiedene Personen aus mehren hintereinanderstehenden Klassen der Intestatsuccession auftreten, den entfernteren Klassen die Klage von vorn herein denegiren, und nur der nächsten Klasse das Interdict gegen den Besitzer zugestehen dürfen, sobald die Wahrscheinlichkeit für die erste Klasse spricht. Mag dann auch in Wahrheit diese erste Klasse unberechtigt sein, etwa weil sich die Unterschiebung eines vermeintlichen Kindes darthun läßt. Der sol-

genden Klasse geschieht wahrlich kein Unrecht, wenn man sie auf die Anstellung der **her. pet.** verweist. Ebenso muß der Richter, wenn sich etwa ein entfernter Cognat meldet, und es bekannt ist, daß der Erblasser Kinder hinterlassen hat, befugt sein, ehe er das Interdict gegen den dritten Besitzer zuläßt, die Kinder zu laden, um Auskunft zu erhalten, ob sie sich der Erbschaft annehmen wollen. Und falls dies bejaht und von den Kindern der Einsatz verlangt wird, so darf das Gesuch des Cognaten sogleich abgeschlagen werden [17]).

Das sind einzelne Beispiele, deren sich leicht noch viele aneinanderreihen ließen, und in denen allen die Antwort, wie ein umsichtiger Richter zu verfahren habe, wenig Bedenken hervorrufen kann. Es fragt sich nur noch, ob das große **arbitrium**, das wir hier dem Richter vindiciren, eine passende Rechtsgestaltung genannt werden könne. Jedenfalls würde, auch wenn wir dies verneinten, daraus kein Grund hervorgehen, daß das Institut des Einsatzes in unserem heutigen Rechte anders bestände, als ich es bisher geschildert habe. Es könnte daraus nur folgen, daß es wünschenswerth sei, das Institut umzugestalten. Aber auch dies muß ich läugnen. Wenn wir es überhaupt für brauchbar halten (§. 145.), so werden wir es, glaube ich, unbedenklich in dieser durch positive Rechts-Vorschriften nur ganz dürftig normirten Gestalt lassen dürfen. Es ist nicht nöthig, dem Richter durch den formellen Buchstaben des Gesetzes in aller Weise die Hände zu binden. Es ist nicht einmal möglich, über diesen eigenthümlichen Begriff der Wahrscheinlichkeit des Erbrechts (abgesehen von den Testamenten) eine brauchbare allgemeine Regel zu geben. Wir dürfen doch wohl unseren Richtern so viel trauen, daß sie vor blinder regelloser Willkühr sich zu bewahren vermögen. Es giebt Rechtsgebiete, in denen der Buchstabe des Gesetzes mehr schadet als nützt, und bei denen wir, wenn das Institut nicht todt oder schädlich sein soll, in gewissen Gränzen dem Richter freie Bewegung verstatten müssen.

---

17) Aehnlich wie der Prätor, wenn er wußte, daß **scripti heredes** die Erbschaft schon angenommen hatten, der folgenden Klasse gar keine **b. p.** mehr ertheilte. Bd. I. S. 237.

§. 194. — 8. Es ist jetzt noch ein letzter Punkt kurz zu erwähnen. Man hat von jeher angenommen, daß das Verfahren eine **summaria cognitio** sein müsse, und nach dem ganzen Wesen des Einsatzes versteht sich dies von selbst. Weiter aber auch steht hier nichts fest, und wenn nun nach den allgemeinen Regeln des summarischen Processes der Streit heutzutage doch oft so lange dauert, daß der Zweck desselben ganz verfehlt wird, so tragen davon weniger unsere Proceßzustände überhaupt die Schuld, deren Umgestaltung wir daher hier nicht erst abzuwarten brauchen. Es ist vielmehr die Verkennung des Wesens dieses einzelnen Instituts, das in sich selbst der Anzeigen genug trägt, wie der Richter es zu behandeln habe, und sobald man dies nur erfaßt, so ist auch jetzt schon der Richter befugt, das Verfahren ihm entsprechen zu lassen. Man hat das **Int. quor. bon.** mit den **Interdicta retinendae** und **recuperandae possessionis** als gleichartig zusammengestellt. Allerdings ist dies soweit richtig, als es sich auch in ihm **de possessione** handelt, aber im Uebrigen stehen sie auf practisch ganz verschiedener Stufe. Das **adipisci** der **possessio** ist im Allgemeinen nur dem möglich, der das Recht auf den geforderten Gegenstand nachweist. Soll Jemand auch ohne das dazu befugt sein, so muß sich das immer auf ganz singuläre Gründe stützen. Solche sind in der That im Erbrecht vorhanden, aber man muß nun auch immer festhalten, daß hier kein Streit um ein Recht selbst vorliegt, also auch kein gewöhnlicher Proceß. Der Einsatz ist kein Streit um das Erbrecht, auch nicht einmal um den Besitz des Erbrechts (denn den giebt es gar nicht mehr), es ist vom Beklagten gar kein schon bestehendes Recht des Besitzes verletzt worden. Der Einsatz ist eine mehr polizeiliche Maaßregel des Richters, und will man ihn daher mit einem anderen Institut vergleichen, so soll man ihn mit dem **possessorium summariissimum** zusammenstellen [1]). Auch hier haben wir „einen Proceß, dessen Leben nur nach Tagen, höchstens nach Wochen berechnet werden darf.“ Und wenn wir eine **missio Hadriana** oder ein **Int. quor. bon.** sich durch lange Jahre und alle drei Instanzen hindurchschlep-

1) Savigny Besitz (6. Ausg.) S. 651. ff.

pen sehen, so ist das ein Unwesen, dem jeder vernünftige Richter, der mit falscher Praxis keinen „unverzeihlichen Götzendienst“ treibt, wo er kann, entgegentreten muß. Ebenso wie beim **summariissimum** der höhere Richter die eingelegte Appellation ohne Weiteres zurückweisen muß, wie man dabei auch nicht einmal die Appellation mit Versagung des Suspensiveffectes zulassen darf, so sollte das auch hier geschehen.

Der Mißbrauch, daß man Appellationen zugesteht, ist beim Einsatz um so größer, weil man wenigstens in Beziehung auf die **missio**, die immer der practisch häufigste Fall ist, dem Römischen Rechte, das man doch im Uebrigen befolgt, direct entgegenhandelt [2]). Aber man wird einwerfen, daß wenigstens beim Interdicte die Appellation nicht verweigert werden könne, weil Justinian das frühere Verbot nicht aufgenommen habe? Als wenn das Fehlen jener Stelle (§. 146.) in einer so stiefmütterlich behandelten Lehre, wie sie das Interdict entschieden ist, schon einen sicheren Beweis abgäbe, daß Justinians Wille wirklich auf Aenderung des bisherigen Rechtes gerichtet war! Und von jeher hat man in Deutschland bei anderen Punkten Schlüsse von der **missio** auf das Interdict gezogen, hat beide Institute immer als gleichartig behandelt, und nun soll es hier in dieser einen Frage, weil der Buchstabe des Gesetzes fehlt, anders sein, während man doch schon nach dem Wesen des Institutes auch ohne alles gesetzliche Verbot der Appellation sie ebenso wenig als beim **summariissimum** zulassen sollte [3]).

---

2) fr. 7. de appell. recip. l. 6. C. quor. appell. non recip. (7. 65.). s. Bayers Summar. Proceß §. 70. Note 8. — Es ist ein reiner Mißbrauch, denn in der Literatur ist immer auch mit dem Bewußtsein eines vernünftigen Grundes (quod possessorium summarium est, ideo appellationem non admittit. Mevius II. decisio 282) die Appellation für unzulässig erklärt worden.

3) Mit Recht hat sich auch die Mehrzahl der Schriftsteller gegen die Appellation beim Int. quor. bon. uns demselben Grunde wie bei der missio erklärt. Bartolus ad l. 1. C. quor. bon. §. 13. („quia est quodammodo quaestio momentaneae possessionis“) Raphael Fulgosius ad Rubr. C. q. b. §. 4. mit Berufung auf l. un C. si de momentanea poss. (7. 69.). Cinus ad tit. C.

Das Recht des Einſatzes iſt hiermit dargeſtellt. Wir haben alſo in der That noch heutzutage jenes poſſeſſoriſche interimiſtiſche Element, welches durch die **b. p.** für den **heres** eingeführt worden war. Das Recht des Einſatzes ſteht in gewiſſer Weiſe auf gleicher Stufe mit jenen beſonderen Fällen der interimiſtiſchen Einweiſung, von denen früher die Rede geweſen iſt, nämlich der **b. p. Carboniana, furiosi nomine,** und der **missio ventris nomine.** In gewiſſer Weiſe kann man noch dazu zählen die einſtweilige Beſitznahme der Erbſchaft von Seiten des unter einer Bedingung eingeſetzten Erben, nur daß hier, weil überhaupt die Agnition der **b. p.** hinweggefallen iſt, die richterliche Mitwirkung (ebenſo wie bei der **cautio Muciana**) gar nicht als eine Nothwendigkeit erſcheint. Obgleich dies nun allerdings bei jenen anderen drei Inſtituten der Fall iſt, ſo dürfen ſie doch im Uebrigen mit dem Rechte des Einſatzes keineswegs als ganz gleichartig zuſammengeworfen werden. Die Rechte, welche der immittirte **venter, impubes,** und **furiosus** in Beziehung auf die Erbſchaft haben, ſind ſchon unter ſich nicht gleichartig, ſie erklären ſich aus der Eigenthümlichkeit jedes dieſer Fälle. Das Gemeinſame aller drei Fälle iſt aber, daß ſie ſich mehr auf die **hereditas** als **universitas** beziehen, und alle Theile der Erbſchaft, keineswegs bloß die **corpora hereditaria,** zum Gegenſtande haben. Sie ſind mehr dem alten Rechtsverhältniß der **b. p. sine re,** ſo lange der **heres** die Erbſchaft noch nicht evincirt hatte, ähnlich, und es leidet keinen Zweifel, daß hier

---

quor. bon. §. 4. und ad l. un. C. si de mom. poss. Der Grund dieſes Satzes ſei, daß die Proceſſe nicht übermäßig verlängert werden dürften, namentlich die poſſeſſoriſchen, aus denen ein gravamen ſtets in petitorio wieder gut gemacht werden könne. **Salicetus** ad l. 1. C. quor. bon. („Oppo. sexto" und in fine). **Friderus Mindanus** l. c. §. 75. **Wesenbecius** ad tit. quor. bon. (Dagegen **Hahn** ad **Wesenbec.** erklärt ſich für die Appellation). **Schneidewinus** l. c. §. 42. **Müller** ad Struvium ad tit. quor. bon. §. 18. ſagt wenigſtens, regelmäßig könne wie von allem possessorio momentaneo seu summariissimo nicht appellirt werden, während dies **Brunnemann** ad C. h. t. ratione effectus devolutivi limitire. Andere (z. B. **Lauterbach** ad tit. quor. bon. §. 10.) läugneten wenigſtens den Suspenſiveffect.

auch noch für den interimiſtiſch Eingewieſenen **utiles actiones** (activ und paſſiv, dingliche und perſönliche) vorkommen können [4]).

Aber ebenſo wenig iſt es auch einem Zweifel unterworfen, daß dieſe Nebeninſtitute, die, auf eigenthümlichen ſingulären Gründen ruhend, ihre ſelbſtändige Natur haben, nicht dazu benutzt werden können, um dadurch das Recht des Einſatzes, welches ein allgemeines aller regelmäßigen Erbklaſſen iſt, analogiſch zu erweitern. Daß daſſelbe nur auf die **corpora hereditaria** gerichtet iſt, darf wohl als unbedenklich angenommen werden [5]), und ſo gilt denn auch für unſer heutiges Recht, was ich im §. 147. über den Unterſchied des neueren poſſeſſoriſchen Elementes von der alten **b. p. sine re**, und über die Stellung des Eingeſetzten bei Allem, was über die **corpora hereditaria** hinausgeht, entwickelt habe [6]). Es bedarf wohl keiner weiteren Auseinanderſetzung, daß für uns kein practiſches Bedürfniß vorliegt, von dieſem engeren Kreiſe wieder zu jener vollen interimiſtiſchen Univerſalſucceſſion der **b. p. sine re**, zurückzukehren.

4) fr. 4. de Carbon. ed. — possessoriis actionibus utetur, sed si post pubertatem contra eum judicatum fuerit, denegabuntur ei actiones ſ. §. 170. Nr. 2.

5) ſ. §. 162. Note 2. §. 139. u. §. 49.

6) Vgl. auch §. 151.

Quellenregiſter.

I. Vorjuſtinianeiſche Quellen.

1. Cicero

pro Cluentio. c. 13. 14. (I. 163.)
c. 15. (II. a. 22.)
c. 60. (II. a. 21.)
pro Milone c. 18. (I. 163.)
pro domo. c. 51. (I. 14.)
pro Caecina. c. 8. (I. 129.)
c. 13. (I. 343.)
c. 26. (I. 159.)
in Verrem. II. 1. 19. §. 50. (I. 163.)
II. 1. 41—45. (I. 106.)
II. 1. 43. (I. 6.)
II. 1. 44. (I. 87. II. b. 89.)
II. 1. 45. (I. 97.)
II. 1. 44—46. (I. 122. ff.)
II. 1. §. 93. 119. 120. 125. 137. (I. 335.)
II. 2. 13; 3. 13. (I. 132.)
de republica. III. 10. (I. 106.)
de legibus II. 19. (I. 13. 27. 42 ff.)
II. 21. (I. 12.)
II. 22. (I. 16.)
II. 23. (I. 16.)
ad Atticum VI. 1. §. 12. (I. Einl. S. XXVIII. I. 124. II. b. 47.)
XIII. 46. (II. b. 120.)
XIII. 46. 47. (II. b. 123.)
ad divers. XIII. 28. (I. 233.)
XIII. 30. (II. b. 18.)
Topica. c. 4. (II. b. 105.)
Or. part. c. 28. (II. a. 14.)
Invention. II. 42. (I. 129.)
de Haruspic. resp. c. 7. (I. 249.)

2. Livius.

I. 20. (I. 16.)
V. 22. (I. 244.)

3. Varro.

de ling. lat. VI. 81. (II. b. 120.)
de re rust. II. 20. 4. (I. 250.)

4. Festus.

v. nuncupata. (I. 147.)
v. postliminium. (I. 244.)
v. priv. feriae. (I. 14. 15.)
v. publica sacra. (I. 10.)
v. sacer mons. (I. 14.)

5. Lex Rubria.

II. 18. (I. 129.)

6. Valerius Maximus.

VII. 7. §. 6 u. 7. (I. 140.)
VII. 7. §. 6. (II. b. 168.)
VII. 7. §. 7. (II. a. 312.)

7. Quintilian.

Declam. 308. (I. 164.)

8. Suetonius.

in vit. Caes. 2. (I. 207.)
in vit. Aug. c. ult. (I. 164.)
in vit. Horat. c. ult. (I. 153.)
in vit. Calig. c. 38. (I. 154.)
in vit. Ner. c. 4. (I. 164.)
in vit. Ner. c. 17. (I. 165.)

9. Gellius

Noct. Attic. V. 19. (I. 159.)

10. Gaius.

I. 55. (II. b. 48.)
I. 165. (I. 159.)
II. 7. (I. 277.)
II. 16. (II. b. 76.)
II. 17. (I. 169.)
II. 19. (I. 254.)
II. 25. (I. 253.)
II. 28. (I. 254. 262.)
II. 35. (I. 106. 110.)
II. 40. (I. 241. 277.)
II. 40. 41. (I. 266.)
II. 41. (I. 252. 270.)
II. 49. (I. 9.)
II. 51. (I. 9.)
II. 52. (I. 25. 29. 36.)
II. 52—56. (I. 105.)
II. 53. 54. (I. 20.)
II. 54. (I. 23. 39. 289.)
II. 55. (I. 10. 19. 24. 40. 287.)
II. 57. (I. 36. 40. 101. 231.)
II. 58. (I. 30.)
II. 60. (I. 299.)
II. 64. (I. 377.)
II. 65. (I. 251.)
II. 66. (I. 252.)
II. 66–80. (I. 242.)
II. 69. (I. 246.)
II. 79. (I. 247.)
II. 102 ff. (I. 146.)
II. 102. (I. 298.)
II. 103. (I. 148. 149. 169. 298.)
II. 104. (I. 154. 159. II. b. 107.)
II. 107. (I. 168.)
II. 115—122. (II. a. 268.)
II. 117. (II. a. 268.)
II. 118. (II. a. 268.)
II. 118—122. (II. a. 278.)
II. 119. (I. 187. 189. II. a. 268. 270. II. b. 88. 108.)
II. 119. 120. (I. 144. II. b. 18.)
II. 120. (II. a. 254. 293. II. b. 95.)
II. 121. (II. a. 268.)
II. 121. 122. (II. a. 294.)
II. 122. (II. a. 268.)
II. 123. (II. a. 41. 57. 58. 79. 278. 288.)
II. 124. (II. a. 42.)
II. 124. 125. (II. a. 79. 85. 235.)
II. 125. (II. a. 115.)
II. 126. (II. a. 111.)
II. 127—129. (II. a. 80.)

Gaius.

II. 130—134. (II. a. 69. 79.)
II. 130—143. (II. a. 275.)
II. 132. (II. a. 234. 238. 241.)
II. 134. (II. a. 241.)
II. 135—137. (II. a. 108.)
II. 137. 138. (II. a. 228.)
II. 140. (II. a. 223. 229.)
II. 140. 141. (II. a. 222.)
II. 143. (II. a. 223. 226.)
II. 144. (II. a. 275.)
II. 145. (II. a. 270.)
II. 146. (II. a. 265. II. b. 31.)
II. 147. (I. 172. 178. 181. 189. II. a. 255. 271. 272. II. b. 95. 303.)
II. 147. 148. (II. a. 68.)
II. 147—149. (II. a. 254.)
II. 148. (II. a. 256.)
II. 148. 149. (I. 239.)
II. 149. (II. a. 268. 270. II. b. 101.)
II. 151. (II. a. 254.)
II. 157. (I. 6.)
II. 158. (II. a. 281.)
II. 164. (I. 18.)
II. 165. (I. 65.)
II. 167. (II. a. 322. II. b. 76. 121. 125. 260. 265.)
II. 170. (I. 18.)
II. 174. (I. 18.)
II. 176. (II. b. 77.)
II. 177. (I. 67.)
II. 178. (I. 19. II. b. 123.)
II. 226. (I. 48.)
II. 242. (II. a. 221.)
II. 253. (II. b. 33.)
III. 9. (I. 109. 209.)
III. 11. (I. 118. 208.)
III. 12. (I. 110.)
III. 13. (I. 120.)
III. 17. (I. 109. 209.)
III. 25. (II. a. 17. 35.)
III. 26. (II. a. 35.)
III. 27. (I. Einl. S. XV. II. a. 246.)
III. 28. (I. 202.)
III. 32. (I. 73. II. a. 33.)
III. 33. (I. 206. II. a. 12.)
III. 34. (I. 99. 105. II. b. 197. 288.)
III. 35—38. (I. 224.)
III. 36. (I. 238. II. a. 31. 263. II. b. 90. 105.)
III. 37. (I. Einl. S. XVI. II. a. 8. II. b. 70.)
III. 40. 41. (II. b. 43.)
III. 78. (II. a. 321. II. b. 34.)
III. 80. (I. 240. 262. 267.)

Gaius

III. 180. (I. 328.)
IV. 16. 17. (I. 128. 242. II. b. 57.)
IV. 17. (II. b. 44.)
IV. 31. (I. 124.)
IV. 34. (I. Einl. S. XXVI. XXXV. — I. 73. 74. 116. 294. 305. 309. 315. 397. 398. II. a. 116. II. b. 36. 48)
IV. 35. (I. 55. 262. II. a. 321.)
IV. 36. (I. 278. 280.)
IV. 37. (II. b. 49.)
IV. 44. (I. 328.)
IV. 60. (I. 331.)
IV. 92. (I. 245.)
IV. 92—95. (I. 124.)
IV. 111. (I. 294.)
IV. 131. (I. 263.)
IV. 138. 139. (I. 334.)
IV. 140. (I. 335.)
IV. 141. (I. 340)
IV. 144. (I. 309. 383. 399. II. b. 70. 171.)
IV. 145. 146. (I. 262. 369.)
IV. 147. (I. 382.)
IV. 161. (I. 341.)
IV. 163. (I. 351.)
IV. 164. (I. 342.)
IV. 164. 165. (I. 351.)
IV. 165. (I. 341. 347.)
IV. 166. (I. 341.)

11. Gaius epitom.

II. 1. §. 1. — (I. 26.)

12. Ulpian. Fragm.

XI. 14. (I. 119.)
XIX. 2. (I. 250. 269.)
XIX. 7. (I. 254.)
XIX. 20. 21. (I. 283.)
XX. 2. (I. 169.)
XX. 9. (I. 147.)
XXII. 5. (II. b. 76.)
XXII. 14—23. (II. a. 88)
XXII. 15. (II. a. 42.)
XXII. 16. (II. a. 41. 57. 86.)
XXII. 17. (II. a. 42. 86.)
XXII. 18. (II. a. 42.)
XXII. 19. (II. a. 221. 226.)
XXII. 20. (II. a. 42.)
XXII. 21. 22. (II. a. 43. 234)
XXII. 22. (II. a. 238.)
XXII. 24. (I. 30.)
XXII. 25. 26. (II. b. 76)
XXII. 27. (I. 18.)

Ulpian. Fragm.

XXII. 33. (I. 65.)
XXII. 34. (I. 67.)
XXIII. 2. 3. (II. a. 43. 227.)
XXIII. 3. (II. a. 42.)
XXIII. 6. (I. 172. 178. 189. 239. II. a. 50. 255. 256. 289. II. b. 85. 88.)
XXVI. 1. (I. 115. 119.)
XXVI. 8. (I. 208.)
XXVIII. 6. (I. 189. II. a. 255 267.)
XXVIII. 7. (I. 55. II. b. 43.)
XXVIII. 10—13. (II. b. 76.)
XXVIII. 12. (I. Einl. S. XXVI. — I. 69. 91. 293. 398. II. b. 27. 28. 36.)
XXVIII. 12. 13. (I. 73. II. a. 12. 13. 33.)
XXVIII. 13. (I. 239.)
XXIX. 1. (II. b. 43.)
XXIX. 5—7. (II. b. 13.)
XXIX. 6. (II. b. 42.)
XXIX. 13. (I. 225.)

13. Endlicher's Institutionenfr. v. Ulpian.

— (I. 232.)

14. Paulus recept. sent.

III. 5. §. 1. (II. b. 157.)
III. 5. §. 10. (II. b. 157.)
III. 5. §. 16. (II. b. 155.)
IV. 6. §. 3. (II. b. 155.)
IV. 7. (I. 163.)
IV. 8. §. 21. (II. a. 324.)
IV. 8. §. 23. (I. 208. II. a. 324.)
V. 6. (I. 165.)
V. 25. §. 6. (I. 165.)

15. Vaticana fragm.

§. 92. 93. (I. 364.)
§. 326. (II. b. 481.)

16. Collatio s. Lex Dei.

XVI. 2. (I. 208.)
XVI. 3. §. 1. (I. 114. II. b. 84.)
XVI. 3. §. 3. (II. b. 14.)
XVI. 3. §. 5. (I. 100.)
XVI. 3. §. 6. (I. 6.)
XVI. 3. §. 11. (I. 119.)
XVI. 4. (I. 12. 119.)
XVI. 4. §. 2. (I. 207.)
XVI. 7. §. 2. (II. a. 38. 109.)

17. Consultatio vet. ICti.

VI. (Paul. lib. I. rec. sentent. Bonner Ausg. p. 400.) (II. b. 177.)

Consultatio vet. ICti.
VI. Lex Diocl. Bonner Ausg. p. 402. (II. b. 77.)
VI. Lex Diocl. Bonner Ausg. p. 402. (II. b. 97.)

18. Gregorianus Codex.
l. 1. de patr. pot. 13. l. (II. b. 123.)

19. Theodosianus Codex.
Lib. 2. Tit. 16.
de integr. restitut.
l. 2. §. 4. (II. b. 126.)
Lib. 4. Tit. 1.
de cretione vel bon. poss.
l. un. (I. 63. II. b. 145. 147. 279.)
Lib. 4. Tit. 4.
de testamentis.
l. 1. (II. b. 99.)
l. 2. §. 1. (I. 151. 193.)
l. 3. (II. b. 87. 99.)
l. 7. (I. 193. II. b. 143. 156.)
Lib. 4. Tit. 21.
Quorum bonorum.
l. un. (II. b. 61. 182. 198. 213. 215.)
l. un. pr. (I. 388.)
l. un. §. 1. u. 2. (I. 394.)
Lib. 5. Tit. 1.
de legitim. heredibus.
l. 1. (II. b. 77. 127. 146. 160. 161.)
l. 7. (II. b. 115.)
Lib. 8. Tit. 18.
de maternis bonis.
l. 1. (II. b. 126.)
l. 2. (II. b. 126.)
l. 4. (II. b. 131. 146.)
l. 5. (II. b. 132. 133. 134. 307. 308.)
l. 7. (II. b. 140.)
l. 8. (II. b. 132. 136. 148. 198.)
Lib. 8. Tit. 19.)
de bon. quae fil. fam.
l. 1. (II. b. 140.)
Lib. 9. Tit. 42.
de bonis proscriptor.
l. 9. (II. a. 109.)
Lib. 11. Tit. 36.
quorum appellationes.
l. 22. (I. 385. II. b. 179. 194.)
l. 26. (II. b. 194.)
Lib. 15. Tit. 14.
de infirm. his, quae sub tyrann.
l. 9. (II. b. 215.)

20. Novellen.
Theodos. II. de testam. 16. (II. b. 86. 99. 106.)
Theodos. II. de testam. 16. §. 7. (II. b. 101.)
Valentin. III. de testam. 20. 1. (II. b. 86. 99. 107. 148.)
Valentin. III. de testam. 20. 1. §. 2 (I. 154. II. b. 102. 144.)
Valentin. III. de testam. 20. 1. §. 6. (II. b. 79.)
Valentin. III. de testam. 20. 2. (II. b. 154.)
Majoriani tit. 6. §. 11. (II. b. 115.)
Anthemii tit. 3. (II. b. 115.)

21. Edictum Theodorici.
tit. 28. (II. b. 99.)

22. Breviarium Alarician.
Interpretatio ad Paul. rec. sent. III. 5. §. 1. (II. b. 157.)
ad Paul. rec. sent. III. 5. §. 15. (II. b. 158.)
ad leg. 2 Th. C. de int. rest. (II. b. 157.)
ad l. un. Th. C. de cret. vel b. p. (II. b. 156.)
ad l. 1. Th. C. de testam. II. b. 99.)
ad l. 3. Th. C. de testam. (II. b. 86. 99.)
ad l. 7. Th. C. de testament. (II. b. 157.)
ad tit. Th. C. quor. bon. (II. b. 157.)
ad l. 1. Th. C. de legit. her. (II. b. 157.)
ad Nov. Theod. II. de testam. (II. b. 99.)

23. Lex Romana Burgundion.
tit. 45. de testam. (II. b. 99. 100.)

24. Lex Burgundionum.
tit. 43. (II. b. 99.)

25. Isidori Or.
V. 9. (II. b. 122.)
V. 23. (II. b. 91.)
V. 24. (II. a. 288. II. b. 86. 99. 107. 122.)
V. 25. (II. b. 179. 340.)

II. Justinianeische Quellen.

26. Institutionen.

Lib. 1. tit. 12. quib. mod. jus pot. solv.
§. 4. (II. a. 109.)
Lib. 1. tit. 21. de aut. tut.
§. 1. (II. b. 315.)
Lib. 2. tit. 1. de rer. div.
§. 12—18. (I. 255.)
§. 41. (I. 263. 269.)
§. 46. (I. 255.)
§. 47. (I. 258. 272.)
Lib. 2. tit. 10. de testam. ordin. (II. b. 266.)
§. 2. 3. (I. 83. 156.)
§. 3. (I. 157. 167.)
Lib. 2. tit. 13. de exher. lib. (II. a. 88.)
§. 1. (II. a. 229. 241.)
§. 1. 2. (II. a. 69.)
§. 2. (II. a. 237. 241.)
§. 5. (II. b. 268.)
Lib. 2. tit. 14. de hered. inst.
§. 2. (I. 314.)
Lib. 2. tit. 17. quib. mod. test. infirm.
§. 1. (II. a. 228. 229.)
§. 2. (II. a. 228.)
§. 6. (II. b. 303. 304.)
Lib. 2. tit. 19. de hered. qual. et diff.
§. 3. (I. 6.)
§. 5. (II. b. 238. 245. 260.)
§. 6. (II. b. 241.)
§. 7. (II. b. 240. 260.)
Lib. 2. tit. 23. de fideicom. hered.
§. 1. (I. 335.)
§. 10. (II. b. 284.)
Lib. 3. tit. 1. de her. quae ab intest.
pr. (I. 114.)
§. 3. (I. 6.)
§. 7. (I. 113.)
§. 12. (II. a. 89.)
Lib. 3. tit. 2. de legit. agnat. succ.
pr. (II. b. 269.)
§. 3. (I. 86. II. a. 17.)
§. 7. (I. 202. 208. II. a. 17. II. b. 308.)
Lib. 3. tit. 5. de success. cogn.
pr. (II. b. 270.)
Lib. 3. tit. 6. de grad. cogn.
§. 11. 12. (II. b. 270.)

Institutionen.

Lib. 3. tit. 7. de success. libertor.
§. 2. (II. b. 13.)
Lib. 3. tit. 9. de bonorum poss. (II. b. 271 ff.)
pr. (I. 83. II. a. 29. 93.)
pr. u. §. 1. (II. a. 32. 34.)
§. 1. (I. 171. 189. II. a. 4. II. b. 239.)
§. 3. (II. a. 47. II. b. 43. 90.)
§. 6. (II. b. 10.)
§. 7. (II. b. 239.)
§. 8. (I. Einl. S. XXIV. — I. 84. 386. II. b. 238.)
§. 10. (II. b. 119 153. 239. 248. 249.)
Lib. 3. tit. 17. de stip. serv.
pr. (I. 314.)
Lib. 4. tit. 6. de actionib.
§. 14. (I. 362.)
Lib. 4. tit. 12. de perpet. et temp. act.
pr. (I. 397.)
Lib. 4. tit. 15. de Interdictis.
§. 3. (I. 385. II. b. 171. 281.)

27. Pandekten.

Lib. 1. tit. 1. de just. et jure.
fr. 6. (I. 242.)
fr. 7. §. 1. (II. a. 32. 34.)
Lib. 1. tit. 2. de orig. jur.
fr. 2. §. 5. (I. 112. 159.)
Lib. 1. tit. 7. de adoption.
fr. 31. (I. 5.)
Lib. 1. tit. 12. de offic. praef. urb.
fr. 1. §. 6. (I. 339.)
fr. 1. §. 13. (I. 339.)
Lib. 1. tit. 16. de offic. procons.
fr. 9. §. 3. (I. 329.)
Lib. 1. tit. 19. de offic. procur. Caes.
fr. 1. §. 2. (II. b. 331.)
fr. 2. (II. b. 335.)
Lib. 2. tit. 1. de jurisdict.
fr. 1. (I. 185. II. b. 68.)
— 1. u. 3. (I. 301.)
— 3. (II. a. 33.)
Lib. 3. tit. 5. de negot. gest.
fr. 26. (II. a. 288.)
Lib. 3. tit. 6. de calumniator.
fr. 6. (I. 64.)
fr. 8. (II. b. 8.)
Lib. 4. tit. 1. de in int. rest.
fr. 3. (II. a. 314.)

Pandekten.

Lib. 4. tit. 4. de minorib. vig. quinq. ann.
fr. 30. (II. a. 122.)
Lib. 4. tit. 6. quib. ex caus. majores.
fr. 1. (II. b. 11.)
— 17. (II. b. 35.)
— 19. (I. 330.)
— 28. §. 2. (II. b. 11.)
Lib. 5. tit. 2. de inoff. testam.
fr. 1. (II. a. 128. II. b. 38.)
— 6. pr. (II. a. 97. II. b. 39.)
— 6. §. 1. (II. a. 128.)
— 8. pr. (II. b 40.)
— 8. §. 6. (II. b. 45.)
— 8. §. 10. (II. b. 45.)
— 16. §. 1. (I. 177.)
— 19. (II. b. 41.)
— 20. (II. a. 100. 101. II. b. 40.)
— 25. pr. (II. b. 45.)
— 25. §. 1. (II. a. 128.)
— 31. §. 3. u. 4. (II. b. 45.)
Lib. 5. tit. 3. de hered. petit.
fr. 1. §. 10. (I. 34.)
— 5. §. 2. (I. 311. 393.)
— 10. §. 1. (I. 318.)
— 11. pr. (I. 231. 384. II. b. 232.)
— 12. (I. 311.)
— 13. §. 4—14. (II. b. 208.)
— 13. §. 13. 14. (I. 396.)
— 13. §. 15. (I. 299. 310. 312. II. b. 208.)
— 14. 15. (I. 312.)
— 15. §. 1. (I. 312.)
— 15. §. 3. (I. 313.)
— 16. §. 3. (I. 312.)
— 17. 18. (I. 291.)
— 18. pr. (I. 232.)
— 18. §. 2. (I. 320.)
— 19. pr. (I. 317. 319.)
— 19. §. 1. (II. b. 27.)
— 19. §. 3. (I. 317. 320. II. b. 27. 207.)
— 20. §. 4. (I. 314. 318.)
— 20. §. 6. (I. 231. 324.
— 20. §. 10. (I. 321.)
— 20. §. 13. (I. 70. II. b. 34.)
— 25. §. 2. (II. b. 231.)
— 25. §. 17. (I. 393.)
— 25. §. 18. (I. 317.)
— 31. pr. (II. b. 230.)
— 31. §. 4. (II. b. 231.)
— 31. §. 5. (I. 232. II. b. 231.)
— 36. pr. (I. 232.)

Pandekten.

Lib. 5. tit. 3. de hered. petit.
fr. 42. (I. 310. 312.)
— 47. (II. a. 265.)
— 51. pr. (II. b. 316.)
— 54. (II. b. 32.)
Lib. 5. tit. 5. de her. pet. poss. (I 399. II. b. 18.)
fr. 1. (II. b. 28. 29.)
— 1. u. 2. (II. b. 25.)
Lib. 5. tit. 6. de fideic. her. pet.
fr. 1. (II. b. 33.)
Lib. 6. tit. 1. de rei vind.
fr. 1. pr. (II. b. 29.)
— 1. §. 2. (I. 159.)
— 56. (I. 299.)
— 66. (I. 219.)
— 68. (I. 318.)
— 72. (I. 282.)
— 80. (I. 365.)
Lib. 6. tit. 2. de Publ. act.
fr. 1. pr. (I. 279.)
— 1. §. 1. (I. 278.)
— 3. §. 1. (I. 279.)
— 7. §. 8. (I. 278.)
— 7. §. 9. (I. 291.)
— 7. §. 11. (I. 279.)
— 7. §. 16. (I. 279.)
— 16. } (I. 281.)
— 17. }
Lib. 7. tit. 1. de usufruct.
fr. 46. pr. (II. a. 178.)
Lib. 7. tit. 6. si ususfr. pet.
fr. 5. pr. (I. 217.)
Lib. 8. tit. 3. de serv. praed. rust.
fr. 1. §. 2. (I. 336.)
— 13. §. 2. (II. b. 30.)
— 23. §. 3. (II. b. 30.)
Lib. 9. tit. 1. si quadrupes.
fr. 1. §. 17. (II. b. 74.)
Lib. 9. tit. 2. ad leg. Aquil.
fr. 43. (I. 314.)
Lib. 9. tit. 4. de noxal. act.
fr. 30. (I. 50.)
— 37. (I. 277.)
— 38. §. 1. (I. 272. 277.)
Lib. 10. tit. 2. fam. hercisc.
fr. 2. §. 1. (I. 397.)
— 24. (II. b. 33.)
Lib. 10. tit. 4. ad exhibendum.
fr. 15. (I. 324.)
Lib. 11. tit. 1. de interrog. injure.
fr. 2. (I. 302. II. a. 318.)
— 6. §. 1. (II. b. 203.)
— 9. §. 6. (II. a. 314.)

Pandekten.

Lib. 11. tit. 1. de interrog. injure.
fr. 11. §. 8. (II. a. 288.)
— 12. pr. (I. 235. II. a. 281.)
— 20. §. 1. (I. 365.)
Lib. 11. tit. 3. de servo corrupto.
fr. 13. §. 1. — 14. (II. b. 22.)
Lib. 11. tit. 7. de religiosis.
fr. 5. — 6. (I. 16.)
— 12. §. 4 (I. 91.)
— 14. §. 17. (I. 70. II. b. 34.)
— 31. §. 2. (I. 70.)
Lib. 12. tit. 6. de condict. indeb.
fr. 19. §. 1. (II. b. 202.)
— 26. §. 11. (II. b. 202. 230.)
Lib. 16. tit. 1. ad SC. Vellejan.
fr. 13. §. 1. (I. 379.)
Lib. 17. tit. 1. mandati.
fr. 57. (I. 396.)
Lib. 17. tit. 2. pro socio.
fr. 9. — 10. — 11. (II. a. 158.)
— 63. §. 2. (I. 70.)
— 68. §. 1. (II. b. 23.)
Lib. 20. tit. 1. de pignorib.
fr. 5. §. 1. (I. 377.)
— 14. pr. (I. 378.)
Lib. 20. tit. 2. in quib. caus. pign tac.
fr. 7. §. 1 (I. 380.)
— 9. (I. 381.)
Lib. 20. tit. 4. qui potiores.
fr. 11. §. 2. (I. 380.)
Lib. 20. tit. 6. quib. mod. pignus.
fr. 5. §. 1. (I. 379.)
Lib. 21. tit. 3. de except. rei vend. et trad. (I. 264.)
Lib. 22. tit. 5. de testibus.
fr. 4. (I. 375.)
— 14. (II. a. 267. II. b. 85. 90.)
Lib. 22. tit. 6. de jur. et fact. ignor.
fr. 1. §. 3. (I. 69.)
— 1. §. 4. (II. a. 317.)
— 2. (I. Einl. §. VII.)
Lib. 24. tit. 3. soluto matrimonio.
fr. 58. (II. b. 35.)
Lib. 25. tit. 4. de inspic. ventre.
fr. 1. §. 1. (I. 339.)
— 1. §. 10. (II. a. 315.)
— 1. §. 15. (II. a. 315.)
Lib. 25. tit. 5. si ventr. nomine.
fr. 1. §. 2. (I. 346.)

Pandekten.

Lib. 26. tit. 2. de testam. tutela.
fr. 1. pr. (II. a. 121.)
— 1. §. 1. (II. a. 121.)
— 4. (II. a. 121.)
— 9. (II. a. 123.)
— 10. §. 2. (II. a. 121.)
— 31. (II. a. 76.)
Lib. 26. tit. 5. de tutor. et curat.
fr. 9. (II. b. 314.)
Lib. 26. tit. 8. de auct. tutor.
fr. 11. (II. b. 313. 314. 315. 316.)
Lib. 27. tit. 9. de reb. eor. qui sub tut.
fr. 14. (II. a. 288.)
Lib. 27. tit. 10. de curator. furios.
fr. 5. (II. a. 322.)
Lib. 28. tit. 1. qui testam. fac. poss.
fr. 19. (I. 185. 187.)
— 21. pr. — 21. §. 1. (I. 154.)
— 22. (I. 167.)
— 22. §. 7. (I. 165.)
— 23. (I. 167. II. a. 265.)
— 25. (I. 154.)
— 30. (I. 167.)
Lib. 28. tit. 2. de lib. et post. (II. a. 89.)
fr. 3. §. 3. (II. a. 288.)
— 3. §. 6. (II. a. 182.)
— 6. pr. (II a. 224. 229. 230.)
— 6. §. 1. (II. a. 288.)
— 7. (II. a. 58. 279.)
— 8. (II. a. 180. 181.)
— 9. §. 2. (II. a. 248.)
— 11. (I. 6.)
— 14. pr. (II. a. 180.)
— 14. §. 1. (II. a. 181.)
— 16. (II. a. 72. 162.)
— 19. (II. a. 171.)
— 22. (II. a. 162.)
— 23. (II. a. 222. 230.)
— 28. §. 1. (II. a. 221. 227.)
— 29. (II. a. 221. 226.)
— 29. pr. (II. a. 236.)
— 29. §. 6. (II. a. 240.)
— 29. §. 12. (II. a. 235. 239.)
— 29. §. 15. (II. a. 221.)
— 30. (II. a. 288.)
— 32. (II. a. 52. 59. 204.)
Lib. 28. tit. 3. de injust. rupt. testam.
fr. 1. (II. a. 57. 265. 270. 288.)
— 2. (II. a. 283. II. b. 101.)
— 3. pr. (II. a. 238.)

Pandekten.

Lib. 28. tit. 3. de injust. rupt. test.
fr. 3. §. 1. (II. a. 237. 242.)
— 3. §. 6. (II. a. 180.)
— 4.
— 5. (II. a. 180.)
— 6. §. 12 (II. a. 272.)
— 8. pr. (II. a. 229.)
— 11. (I. 181. 189.)
— 12. (I. 189. II. b. 303.)
— 12. pr. (II. a. 68. 164. 286.)
— 17. (II. a. 50. 124. 164. 167 198. 280.
— 18. (II. a. 222. 221. 230.)
Lib. 28. tit. 5. de hered. instit.
fr. 1. §. 1. (I. 154.)
— 4. pr. (II. a. 163.)
— 9. pr. (I. 180.)
— 9. §. 12. (II. b. 163.)
— 23. (II b. 70. 71. 164.)
— 23. pr. — § 2. (II. a. 323.)
— 23. §. 2. (II. a. 11.)
— 23. §. 3. (II. a. 322. II. b. 337.)
— 23. §. 4. (II. a. 314.)
— 58. (I. 154.)
— 59. §. 4. (II a. 313.)
— 75. (II. a. 185.)
Lib. 28. tit. 6. de vulg. et pup. subst.
fr. 1. §. 1. (I. 67.)
— 16. §. 1. (II. a. 285.)
— 20. (I. 197.)
— 20 §. 1. (I. 154.)
— 22. (II. a. 122.)
— 34. §. 2. (II. a. 121. 188.)
— 35. (II. a. 121. 188.)
— 43. §. 2. (II. a. 185.)
Lib. 28. tit. 7. de cond. instit.
fr. 15. (II. a. 163.)
— 28. (II. a. 163.)
Lib. 28. tit. 8. de jure deliber. (II. a. 320.)
fr. 1. (II. a. 322.)
— 1. § 1. (II. a. 320.)
— 2. (II. a. 322. 324.)
— 3. (II a. 322. 324.)
— 7. (II. a. 322.)
— 7. pr. (II. a. 320.)
— 7. §. 2. (II. a. 320.)
— 8. (II. a. 281.)
— 10. (I. 118.)
Lib. 29. tit. 1. de testam. milit.
fr. 3. (II. a 265.)
— 7. (II. a. 227. 230.)
— 8. (II. a. 227. 230.)
— 15. §. 1. (II. a. 288.)

Pandekten.

Lib. 29. tit. 1. de testamento milit.
fr. 24. (I. 154.)
— 27. (II. a. 288.)
— 36. §. 3. (II. a. 288.)
Lib. 29. t. 2. de acq. vel om. hered.
fr. 6. pr.
— 6. §. 1. (II. b. 331.)
— 6. §. 4. (II. a. 62.)
— 15. (II. a. 62.)
— 16. (II. a. 62.)
— 17. pr. (II. b. 311. 330.)
— 19. (II. b. 311.)
— 22. (II. b. 311. 329.)
— 25. §. 5. (II. b. 330.)
— 25. §. 6. (II. b. 330.)
— 25. §. 8. (II. b. 329.)
— 25. §. 9. (II. b. 329.)
— 25. §. 13. (II. b. 329.)
— 25. §. 14. (II. b. 331.)
— 25. §. 15. (II b. 331.)
— 30. §. 3.
— 30. §. 4. (II. b. 311. 330.)
— 30. §. 4.
— 30. §. 5. (II. a. 74.)
— 30. §. 6.
— 30. §. 8. (II. b. 311.)
— 32. pr. (II. b. 311. 330.)
— 32. §. 2. (II. b. 311.)
— 34. pr. (II. a. 62.)
— 48. (II. b. 332.)
— 51. §. 2. (II. b. 311. 329. 338.)
— 52. pr. (II. b. 247.)
— 54. (II. b. 459.)
— 62. pr. (II. b. 120.)
— 69. (I. 118. II. a. 322. II. b. 126. 461.)
— 70. (II. a. 322. II. b. 461.)
— 70. pr. (I. 118.)
— 72. (II. b. 123.)
— 84. (II. a. 73. II. b. 345.)
— 86. pr. (II. b. 346.)
— 90 pr. (II. b. 323. 337.)
Lib. 29. tit. 3. testam. quemadm. aperiant. (II. a. 316.)
fr. 2. §. 1. (I. 172.)
— 2. §. 4. (II. a. 314.)
— 2. §. 8. (I. 338.)
— 4.
— 5. (I. 338.)
— 8. (II. a. 314.)
Lib. 29. tit. 4. si quis omiss. caus.
fr. 1. §. 7. (I. 110. II. a. 281.)
— 6. §. 3. (II. a. 314.)
— 23. (II. a. 187.)

Pandekten.

Lib. 29. tit. 5. de SC. Silan.
fr. 3. §. 30. (II. b. 346.)
Lib. 29. tit. 7. de jure codicill.
fr. 8. §. 3. (II. a. 290.)
— 20. (I. 154.)
Lib. 30. de legatis I.
fr. 1. (II. b. 24.)
— 87. (II. a. 281.)
— 89. (II. a. 281.)
— 126. pr. (II. a. 122. 147.)
Lib. 31. de legatis II.
fr. 28. (II. b. 44.)
— 48. §. 1. (II. b. 316.)
— 77. §. 29. (II. a. 145.)
— 80. (I. 369.)
— 81. (II. a. 288.)
Lib. 32. de legatis III.
fr. 40. pr. (II. b. 74.)
— 103. §. 2. (II. a. 188.)
Lib. 33. tit. 2. de usu et usufr. leg.
fr. 29. (II. a. 314.)
Lib. 33. tit. 5. de optione leg.
fr. 6. (II. a. 314.)
— 8. (II. a. 314.)
— 13. §. 1. (II. a. 314.)
Lib. 34. tit. 9. de his, quae ut ind.
fr. 1. (II. a. 122.)
— 2. pr. } (II. a. 122.)
— 2. §. 1. }
— 5. §. 1. (II. a. 267. 317. II. b. 30.)
Lib. 35. tit. 1. de cond. et dem.
fr. 83. (II. a. 288.)
Lib. 36. tit. 1. ad SC. Trebell.
fr. 6. §. 3. (II. b. 35.)
— 27. §. 12. (II. a. 161.)
— 35. (II. b. 319.)
— 59. pr. (I. 379.)
— 63. §. 14. (II. b. 346.)
— 65. pr. (II. b. 331.)
— 65. §. 2. (II. a. 314.)
— 65. §. 3. (II. b. 314. 322. 334.)
— 67. §. 1. } (I. 353.)
— 67. §. 2. }
Lib. 36. tit. 4. ut in poss. legator.
fr. 5. §. 5. (II. a. 310. 314.)
— 5. §. 27. (I. 339.)
— 12. (II. a. 310. II. b. 324.)
Lib. 37. tit. 1. de bon. poss.
fr. 1. (I. 73. 293. II. b. 227.)
— 2. (I. 294. II. b. 227.)
— 3. pr. (I. 75.)

Pandekten.

Lib. 37. tit. 1. de bon. poss.
fr. 3. §. 1. (I. Einl. S. XXXV. — I. 221. 291. 292. 397. II. a. 33. II. b. 163.)
— 3. §. 2. (I. Einl. S. IX. XII. — I. 397. II. b. 175.)
— 3. §. 4. (II. b. 250. 324.)
— 3. §. 7. (I. 235. II. b. 331. 332.)
— 3. §. 8. (II. a. 310.)
— 6. §. 1. (II. a. 32. 33. 109. 243. II. b. 13.
— 7. (I. 176.)
— 7. pr. (II. a. 315.)
— 7. §. 1. (II. b. 314.)
— 8. (II. b. 314.)
— 9. (II. b. 24.)
— 11. (II. b. 314.)
— 12. pr. (II. b. 317.)
— 14. (I. 182. II. a. 307.)
— 15. (II. a. 312.)
— 16. (II. b. 157. 332.)
Lib. 37. tit. 2. si tab. test. exstab. fr. un. (II. b. 307.)
Lib. 37. tit. 3. de b. p. furioso, infant. dat.
fr. 1. (II. a. 103. 300. II. b. 314. 315. 316. 320.)
— 2. (II. b. 321.)
Lib. 37. tit. 4. de b. p. contra tab.
fr. 1. pr. (II. a. 37.)
— 1. pr. — §. 6. (II. a. 84.)
— 1. §. 1. } (II. a. 67.)
— 1. §. 2. }
— 1. §. 6. (II. a. 37. 39.)
— 1. §. 8. (II a. 159.)
— 3. pr. (II. a. 108.)
— 3. §. 5. (II. a. 109.)
— 3. §. 9. (II. a. 108.)
— 3. §. 10. (II. a. 68. 160.)
— 3. §. 11. (II. a. 138. 160. 215.)
— 3. §. 12. (II. a. 164. 216.)
— 3. §. 13. (II. a. 164. 166.)
— 3. §. 14. (II. a. 166.)
— 3. §. 15. (II. a. 161. 216.)
— 3. §. 16. (II. a. 122. 217.)
— 4. pr. (II. a. 126. II. b. 46.)
— 4. §. 1. (II. a. 68. 154. 218.)
— 4. §. 2. (II. a. 85.)
— 4. §. 3. (II. a. 69. 166. 204. 345.)
— 5. (II. b. 346.)
— 6. pr. (II. a. 108.)
— 6. §. 1. (II. a. 108. 154.)
— 6. §. 2. (II. a. 108.)
— 6. §. 4. (II. a. 108.)

Pandekten.

Lib. 37. tit. 4. de b. p. contra tab.
fr. 7. (II. a. 108.)
— 8. pr. (II. a. 120. 160. 193.)
— 8. §. 1—10. (II. a. 120.)
— 8. §. 1. (II. a. 173. 215.)
— 8. §. 3. (II. a. 173.)
— 8. §. 4. (II. a. 173.)
— 8. §. 5. (II. a. 164. 174. 176. 180—183. 198. 212.)
— 8. §. 11. (II. a. 148. 216. 232.
— 8. §. 12. (II. a. 148. 218. II. b. 494.)
— 8. §. 13. (II. a. 149.)
— 8. §. 14. (II. a. 113. 141. 147. 186.)
— 9. (II. a. 149.)
— 10. pr. (II. a. 149.)
— 10. §. 1. (II. a. 149.)
— 10. §. 2. (II. a. 150.)
— 10. §. 3. (II. a. 149. 217.)
— 10. §. 4. (II. a. 148.)
— 10. §. 5. (II. a. 120.)
— 10. §. 6. (II. a. 142.)
— 11. pr. (II. a. 149. 217.)
— 11. §. 1. (II. a. 113.)
— 12. pr. (II. a. 157.)
— 12. §. 1. (II. a. 285.)
— 13. (II. b. 30. 31.)
— 13. pr. (II. a. 116. 120.)
— 13. §. 1. (II. a. 129. 158. 249.)
— 13. §. 2. (II. a. 159.)
— 14. (II. a. 115.)
— 14. pr. (II. a. 122. 143. 187.)
— 14. §. 1. (II. a. 108. 309. II. b. 314.)
— 15. (II. a. 30. 217.)
— 16. (II. a. 108.)
— 18. (II. a. 172.)
— 18. §. 1. (II. a. 122.)
— 19. (I. 177. II. a. 60. 126. 198. 213.)
— 20. (II. a. 191.)
— 20. pr. (II. a. 129. II. b. 40.)
— 20. §. 1. (II. a. 52. 243.)
— 21. pr. (II. a. 108.)

Lib. 37. tit. 5. de legat. praest.
fr. 1—3. (II. a. 127.)
— 1. pr. (II. a. 128. 130.)
— 1. §. 1—3. (II. a. 129.)
— 2. (II. a. 129.)
— 3. pr. (II. a. 128.)
— 3. §. 2. (II. a. 130.)
— 3. §. 7. (II. a. 176.)
— 4. (II. a. 120. 308.)

Pandekten.

Lib. 37. tit. 5. de legat. praest.
fr. 5—8. (II. a. 134.)
— 5. (II. a. 127.)
— 5. pr. (II. a. 121. 188. 207.)
— 5. §. 1. (II. a. 188.)
— 5. §. 2. (II. a. 122. 129.)
— 5. §. 3. (II. a. 129. II. b. 10.)
— 5. §. 4. (II. a. 122.)
— 5. §. 6. (I. 151. II. a. 130.)
— 5. §. 7. (II. a. 131.)
— 5. §. 8. (II. a. 130. 132.)
— 6. (II. a 131.)
— 7. (II. a. 130. 131.)
— 8. pr. (II a. 131.)
— 8. §. 2. (II. a. 122. 133. 135.)
— 8. §. 3—6. (II. a. 128.)
— 9. (II. a. 128.)
— 10. pr. (II. a. 128.)
— 10. §. 1. (II. a. 128.)
— 10. §. 2. (II. a. 127. 175. 177. 214.)
— 11. (II. a. 176.)
— 12. (II. a. 176.)
— 13. (II. a. 177.)
— 14. pr. (II. a. 146.)
— 14. §. 1. (II. a. 127.)
— 15. pr. (I. 390. II. a. 60. 62. 63. 203.)
— 15. §. 1. (II. a. 143. 146.)
— 15. §. 2. (II. a. 131.)
— 15. §. 3. (II. a. 128.)
— 15. §. 4. (II. a. 116.)
— 16. (II. a. 70. 205.)
— 17. (II. a. 128. 177.)
— 18. (II. a. 158.)
— 19. (II. a. 158.)
— 20. pr. (II. a. 127.)
— 20. §. 1. (II. a. 131.)
— 21. (II. a. 130. 133.)
— 22. (II. a. 144.)
— 23. (II. a. 122. 136.)
— 24. (II. a. 129.)
— 25. pr. (II. a. 113. 159.)
— 25. §. 1. (II. a. 129.)
— 25. §. 2. (II. a. 129.)

Lib. 37. tit. 6. de collatione.
fr. 1. pr. (II. a. 38.)
— 1. §. 8. (II. a. 143.)
— 2. §. 9. (II. b. 31.)
— 10. (II a. 246.)

Lib. 37. tit. 7. de dotis collat.
fr. 3. (II. a. 140. 246.)
— 5. pr. (II. a. 246.)

Pandekten.

Lib. 37. tit. 8. de conjungendis. (II. a. 154.)
fr. 1. pr. (II. a. 157.)
— 1. §. 1. (II. a. 156. 157.)
— 1. §. 3. (II. a. 157. 159.)
— 1. §. 4. } (II. a. 159.)
— 1. §. 5. }
— 1. §. 6. (II. a. 154.)
— 1. §. 7. (II. a. 157.)
— 1. §. 9. (II. a. 157.)
— 1. §. 13 u. ff. (II. a. 160.)
— 3. (II. a. 129. 287.)
— 7. (II. a. 129—132.)
Lib. 37. tit. 9. de ventre in poss. mitt.
fr. 1. pr. (II. a. 91.)
— 1. pr. — §. 16. (II. a. 92.)
— 1. §. 2. (II. a. 94. 97.)
— 1. §. 11. (II. a. 95. 108.)
— 1. §. 17—28. (II. a. 92.)
— 1. §. 21. (II. a. 98.)
— 6. (II. a. 93. 96.)
— 7. (II. a. 93.)
— 7. pr. } (II. a. 96.)
7. §. 1. }
— 7. §. 1. (II. a. 99. 104.)
— 10. (II. a. 91.)
Lib. 37. tit. 10. de Carbon. edict.
fr. 1. pr. (II. a. 98. 103. 157.)
— 1. §. 3. (II. a. 99.)
— 1. §. 4. (II. a. 101.)
— 3. pr. (II. a. 100. 231.)
— 3. §. 3. (II. a. 316.)
— 3. §. 5. (II. a. 103.)
— 3. §. 7. (II. a. 99.)
— 3. §. 13. (II. a. 107. II. b. 30.)
— 3. §. 14—16. (II. b. 10.)
— 3. §. 15. (II. a. 103.)
— 4. (II. a. 91. 107. II. b. 24. 500.)
— 6. pr. (II. a. 99. 104.)
— 6. §. 1. (II. a. 99.)
— 6. §. 2. (II. a. 100. 245.)
— 6. §. 3. (II. a. 105.)
— 6. §. 6. (II. a. 106.)
— 7. pr. } (II. a. 100. 102.)
— 7. §. 1. }
— 7. §. 4. (II. a. 102.)
— 7. §. 6. (II. a. 100. 102.)
— 8. §. 1. (II. a. 100. 101.)
— 9. (II. a. 231.)
— 10. (II. a. 104. 315.)
Lib. 37. tit. 11. de b. p. sec. tab.
fr. 1. pr. (I. 189.)

Pandekten.

Lib. 37. tit. 11. de b. p. sec. tab.
fr. 1. §. 1. (I. 176. 179. II. b. 306.)
— 1. §. 2. (I. 180.)
— 1. §. 3. (II. b. 307.)
— 1. §. 6. (II. b. 306.)
— 1. §. 7. (I. 179.)
— 1. §. 8. (I. 178.)
— 1. §. 10. (I. 179. II. a. 248.)
— 1. §. 11. (II. b. 94.)
— 2. (II. a. 93.)
— 2. §. 1. (II. a. 165.)
— 2. §. 4. (II. b. 90.)
— 2. §. 7. (I. 180.)
— 5. (II. a. 168.)
— 5. pr. (II. a. 164. II. b. 229. 304.)
— 6. (II. b. 304.)
— 6. in fin. (I. 180.)
— 7. (II. b. 88. 91. 302.)
— 8. §. 2. (I. 181.)
— 8. §. 4. (I. 154. 194. 197.)
— 9. (I. 167. 195.)
— 10. (II. b. 304.)
— 11. §. 2. (II. a. 273. 291. II. b. 303. 305.)
— 12. (I. 181. II. b. 304.)
Lib. 37. tit. 12. si a par. quis man.
fr. 5. (II. a. 315.)
Lib. 37. tit. 14. de jure patron.
fr. 20. (II. b. 43.)
— 21. §. 1. } (II. b. 45.)
— 21. §. 2. }
Lib. 38. tit. 1. de oper. libert.
fr. 41. (II. b. 43.)
— 47. (II. b. 43.)
Lib. 38. tit. 2. de bon. libert. (II. b. 43.)
fr. 1. §. 1. } (II. b. 46.)
— 1. §. 2. }
— 3. §. 4. (II. b. 43.)
— 3. §. 5. (II. b. 45.)
— 3. §. 10. (II. b. 45.)
— 3. §. 12. (II. b. 45.)
— 3. §. 15—18. (II. b. 45.)
— 3. §. 20. (II. b. 45.)
— 6. §. 4. (II. b. 45.)
— 8. §. 1. (II. b. 45.)
— 10. pr. (II. b. 46.)
— 23. §. 1. (I. Einl. S. XX.)
— 26. (II. b. 44.)
— 36. (II. b. 44.)
— 37. pr. (II. b. 43.)
— 38. §. 1. (I. Einl. S. XX.)

Pandekten.

Lib. 38. tit. 2. de bon. libert.
fr. 42. §. 2. (I. Einl. S. XX.
— I. 177. 183. 227.)
— 42. §. 3. (II. b. 346.)
— 47. §. 2. (II. b. 43.)
— 50. §. 2. (II. b. 24. 46.)
— 60. §. 5. (II. b. 46.)
Lib. 38. tit. 6. si tab. test. null.
fr. 1. §. 1. (II. a. 20. 246. 304.)
— 1. §. 2 (II. a. 246. 307.)
— 1. §. 3. (II. a. 103. 104. 248.)
— 1. §. 4. (II. a. 243.)
— 1. §. 5. (II. a. 84. 243. 244.)
— 1. §. 6. (II. a. 84. 243.)
— 1. §. 7. (II. a. 243.)
— 1. §. 8. (II. a. 248. II. b. 53.)
— 1. §. 9. (II. a. 52. 59. 60. 204.)
— 2. (I. 237. II. a. 246. 261.)
— 3. (I. 191. II. a. 247.)
— 4. (II. a. 109. 243.)
— 5. pr. (II. a. 158. 243.)
— 5. §. 1. (II. a. 109. 243.)
— 5. §. 2. (II. a. 243.)
— 6. (II. a. 243.)
— 7. pr. (II. a. 248.)
— 9. (II. a. 243. 247.)
Lib. 38. tit. 7. unde legitimi.
fr. 1. (I. 143. 205.)
— 2. pr. (I. 202. II. a. 245.)
— 2. §. 3. (I. 172. 203.)
— 2. §. 4. (II. b. 12.)
— 3. (II. b. 12. 13.)
— 4. (I. 143.)
— 5. §. 1. (I. 205.)
Lib. 38. tit. 8. unde cognati.
fr. 1. pr. (II. a. 12.)
— 1. §. 2. (II. b. 14.)
— 1. §. 3. (II. a. 18.)
— 1. §. 5—8. (II. a. 16. 18.)
— 1. §. 7. (II. a. 306.)
— 1. §. 8. (II. a. 24.)
— 1. §. 9. (II. a. 18.)
— 1. §. 10. (II. a. 18. 24.)
— 7. (II. a. 23.)
— 9. pr. (II. a. 18. 24.)
— 9. §. 1. (II. a. 18. 306. 311. 315. 316. II. b. 178.)
— 10. (II. a. 24.)
Lib. 38. tit. 9. de successor. edict.
fr. 1. pr. (I. 72. 77. 85. 386. II. a. 322.)
— 1. §. 4. (II. b. 314. 315. 317.)
— 1. §. 5. (II. b. 315. 317.)
— 1. §. 6. (II. a. 300.)

Pandekten.

Lib. 38. tit. 9. de successor. edict.
fr. 1. §. 7. (II. b. 316.)
— 1. §. 8—16. (I. 63.)
— 1. §. 8. (I. 104. II. a. 300.)
— 1. §. 10. (I. Einl. S. XVI.—
I. 103. II. a. 9. 20. 300. II. b. 169. 178.)
— 1. §. 11. (I. Einl. S. XV.—
I. 201. II. a. 303.)
— 1. §. 12. (I. 6. 58. II. a. 300. 325.)
— 1. §. 14. } (II. a. 302.)
— 1. §. 15. }
— 2. (I. 227.)
Lib. 38. tit. 11. unde vir et uxor.
fr. un. (II. a. 12. 25. 26. 93. II. b. 48.)
Lib. 38. tit. 13. quib. non comp. b. p. (I. 141.)
Lib. 38. tit. 14. ut ex legibus.
fr. un. pr. (II. b. 11.)
— un. §. 1. (I. 228. II. b. 13.)
— un. §. 2. (II. b. 12.)
Lib. 38. tit. 15. quis ordo.
fr. 1. pr. (II. a. 18. 20. 245.)
— 1. §. 1. (I. 103. II. a. 59. 307.)
— 1. §. 2. (II. b. 184.)
— 2. (II. a. 308.)
— 2. pr. (I. 64.)
— 2. §. 1. (II. a. 311. 316.)
— 2. §. 2. (II. a. 316.)
— 2 §. 4. (II. a. 303.)
— 4. §. 1. (II. a. 246. 302.)
— 5. pr. (II. a. 301. II. b. 332.)
— 5. §. 1. (II. b. 332.)
Lib. 38. tit. 16. de suis et leg.
fr. 1. §. 8. (I. 208. II. a. 163. 248.)
— 2. §. 5. (I. 114. II. a. 16. II. b. 90.)
— 2. §. 6. (I. 114.)
— 6. (II. a. 18.)
— 8. pr. (II. a. 18.)
— 11. (II. b. 12.)
Lib. 38. tit. 17. ad SC. Tertull.
fr. 1. §. 1. (II. a. 71. 104. II. b. 345.)
— 1. §. 5. (II. a. 91.)
— 1. §. 8. (II b. 12.)
— 1. §. 9. (II. a. 18.)
— 2. §. 8. (II. a. 282.)
— 2. §. 9. (II. b. 13.)
— 2. §. 11. (II. a. 97. II. b. 317. 319.)
— 2. §. 13. (II. b. 317.)
— 2. §. 18. (II. b. 12. 160.)

Pandekten.

Lib. 38. tit. 17. ad SC. Tertull.
fr. 6. §. 1. (II. a. 325. II. b. 461.)
Lib. 39. tit. 1. de op. nov. nunc.
fr. 1. §. 7. (I. 337.)
— 1. §. 9. (I. 337.)
— 20. pr. (I. 337.)
— 20. §. 9. (I. 337.)
Lib. 39. tit. 2. de damno inf.
fr. 19. (I. 50.)
Lib. 40. tit. 4. de manum. testam.
fr. 54. §. 1. (II. a. 322.)
Lib. 40. tit. 5. de fideic. libert.
fr. 4. §. 17. (II. b. 35.)
— 4. §. 19. (II. b. 35.)
— 4. §. 21. (II. b. 31.)
— 30. §. 10. (I. 110. II. a. 281.)
— 30. §. 12. (I. 110.)
— 38. (I. 339.)
Lib. 41. tit. 1. de acq. rer. dom.
fr. 1.
— 3.
— 5. (I. 255.)
— 7.
— 8. pr. (I. 255.)
— 9. §. 7. (I. 255.)
— 33. §. 2. (I. 314.)
— 34. (I. 314.)
— 54. pr. (II. b. 337.)
Lib. 41. tit. 2. de acq. vel am. poss.
fr. 1. pr. (I. 216.)
— 1. § 1. (I. 216. 255.)
— 3. pr. (I. 215. 323.)
— 3. §. 21. (I. 255. 219.)
— 3. §. 22. (I. 219.)
— 8. (I. 215.)
— 11. (I. 222.)
— 12. §. 1. (I. 218.)
— 17. pr. (I. 362.)
— 17. §. 1. (I. 276.)
— 19. pr. (I. 218.)
— 36. (I. 217.)
— 52. §. 2. (I. 365.)
Lib. 41. tit. 4. pro emtore.
fr. 2. §. 19. (II. b. 33.)
— 7. §. 5. (I. 185.)
Lib. 41. tit. 7. pro derelict.
fr. 1. (I. 272. 276.)
— 2. (I. 272.)
— 2. pr. (I. 257. 274. 275.)
— 2. §. 1. (I. 257. 276.)
— 3. pr. (I. 272.)
— 4. (I. 273.)
— 5. pr. (I. 273.)
— 5. §. 1. (I. 258.)
— 6. (I. 271.)

Pandekten.

Lib. 42. tit. 1. de re judicata.
fr. 14. §. 3. (I. 394. II. b. 182.)
— 56. (I. 342.)
Lib. 42. tit. 2. de confessis.
fr. 6. §. 2. (I. 342.)
Lib. 42. tit. 4. quib. ex caus. in possess.
fr. 5. §. 1. (I. 292. II. a. 314.)
— 7. §. 11. (II. b. 315.)
— 8. (II. a. 322.)
— 9. (II. a. 322.)
Lib. 42. tit. 5. de reb. auct. judic.
fr. 4. (II. a. 322.)
— 4. pr. (II. a. 323.)
— 5. (II. a. 322.)
— 6. (II. a. 322.)
— 6. §. 2. (I. 357.)
— 28. (I. 110. II. a. 281.)
Lib. 42. tit. 6. de separation.
fr. 1. §. 14. (II. a. 314.)
Lib. 42. tit. 7. de curat. bon. dand.
fr. 1. (II. a. 322.)
— 1. §. 2. (II. b. 337.)
Lib. 42. tit. 8. quae in fraud. cred.
fr. 1. pr. (I. 354.)
— 1. §. 1. (I. 355.)
— 1. §. 2. (I. 355.)
— 3. §. 1. (I. 355.)
— 6. §. 9. (I. 355.)
— 10. pr. (I. 354.)
— 10. §. 1. (I. 356.)
— 10. §. 6. (I. 356.)
— 10. §. 13. (I. 356.)
— 10. §. 22. (I. 356.)
— 24. (I. 357.)
Lib. 43. tit. 1. de Interdictis.
fr. 2. § 1—3. (I. 370.)
— 3. §. 2. (II. b. 293.)
Lib. 43. tit. 2. quorum bonor.
fr. 1. pr. (I. 101. 316. 324. II. b. 175. 238.)
— 1. §. 1. (I. 306. 316. II. b. 183.)
— 2 (I. 306. 309. 314. II. b. 26. 259.)
Lib. 43. tit. 3. quod legatorum.
fr. 1. §. 2. (I. 368.)
— 1. §. 4. (I. 369.)
— 1. §. 7. (I. 324.)
— 2. §. 1.
— 2. §. 4. (I. 397.)
— 3. §. 11. (I. 397.)
Lib. 43. tit. 4. ne vis f. ei, qui in poss. miss.
fr. 1. (I. 350.)

Pandekten.

Lib. 43. tit. 4. ne vis f. ei, qui in poss.
fr. 1. pr. — §. 2. (I. 331.)
— 1. §. 5. (I. 332.)
— 1. §. 8. (I. 332.)
— 3. pr. — 3. §. 1. (I. 338.)
— 3. §. 2. (I. 332.)
Lib. 43. tit. 5. de tabulis exhib.
fr. 1. §. 1. (I. 342.)
— 3. §. 6. (I. 324.)
— 3. §. 9. (I. 162. 165. 336.)
Lib. 43. tit. 8. ne quid in loco pub.
fr. 2. §. 42. (I. 324.)
— 7. (I. 336.)
Lib. 43. tit. 12. de fluminib.)
fr. 1. §. 16. — (I. 159.)
Lib. 43. tit. 13. ne quid in flum. p.
fr. 1. §. 6. (I. 344.)
— 1. §. 13. (I. 324.)
Lib. 43. tit. 17. uti possid.
fr. 1. §. 2. (I. 218.)
— 1. §. 9. (I. 365.)
— 2. (I. 217.)
Lib. 43. tit. 18. de superfic.
fr. 1. §. 1. (I. 217.)
— 2. (I. 246.)
Lib. 43. tit. 19. de itin. actuq. priv.
fr. 1. §. 2. (I. 336.)
— 3. §. 11. (I. 358.)
— 3. §. 12. — 3. §. 13. (I. 358.)
Lib. 43. tit. 20. de aq. qu. v. aest.
fr. 1. §. 37. (I. 294.)
— 1. §. 38. (I. 358.)
— 1. §. 45. (I. 219.)
Lib. 43. tit. 23. de cloacis.
fr. 1. §. 2. (I. 336.)
Lib. 43. tit. 26. de precar.
fr. 8. §. 3. (I. 324.)
Lib. 43. tit. 27. de arbor. caed.
fr. 1. §. 8. (I. 333.)
Lib. 43. tit. 30. de lib. exhib.
fr. 3. §. 1. (I. 371.)
— 3. §. 3. (I. 353.)
Lib. 43. tit. 32 de migrando.
fr. 1. (I. 354.)
— 1. §. 1. — 1. §. 2. (I. 338.)
— 1. §. 5. (I. 380. 382.)
Lib. 43. tit. 33. de Salv. Int.
fr. 1. (I. 380. 382.)
— 1. pr. (I. 353.)
— 1. §. 1. (I. 353.)

Pandekten.

Lib. 44. tit. 1. de exception.
fr. 13. (I. 393.)
Lib. 44. tit. 2. de except. rei jud.
fr. 1. (II. a. 289.)
— 2. (II. a. 117. 166.)
Lib. 41. tit. 3. de div. temp. praesc.
fr. 1. (I. 64.)
Lib. 44. tit. 4. de doli mali exc.
fr. 4. §. 32. (I. 282.)
— 13. (II. a. 158. 287.)
Lib. 44. tit. 7. de obl. et act.
fr. 15. (II. a. 117.)
— 37. (I. 101.)
Lib. 45. tit. 1. de verb. obl.
fr. 97. §. 2. (II. a. 315.)
— 132. pr. (II. a. 221. 226.)
Lib. 46. tit. 1. de fidejuss.
fr. 21. pr. (II. a. 118.)
Lib. 46. tit. 3. de solution.
fr. 38. §. 2. (II. b. 202.)
— 95. §. 8. (II. b. 202. 229.)
— 96. pr. (I. 353. 357.)
Lib. 46. tit. 5. de stip. praetor.
fr. 1. §. 9. (II. a. 314.)
— 8. pr. (II. a. 315. II. b. 304.)
— 12 — 13. (II. b. 305)
Lib. 46. tit. 8. rat. rem hab.
fr. 7. (II. b. 157.)
— 24. pr. (II. b. 331.)
Lib. 47. tit. 2. de furtis.
fr. 28. — 29. — 30. (I. 395.)
— 32. §. 1. (I. 167.)
— 43. §. 5. (I. 258. 272. 276.)
— 43. §. 9. (I. 271.)
— 43. §. 11. (I. 255.)
Lib. 47. tit. 12. de sepulcro viol.
fr. 10. (II. a. 281.)
Lib. 47. tit. 19. expil. hered.
fr. 2. §. 1. (I. 395.)
— 3. (II. b. 57.)
— 6. (I. 395.)
Lib. 48. tit. 2. de accus. et inscript.
fr. 18. (II. a. 288.)
Lib. 48. tit. 10. de leg. Corn. de fals.
fr. 6. pr. (I. 165. II. a. 265.)
Lib. 48. tit. 20. de bon. damnat.
fr. 7. pr. (II. a. 152.)
Lib. 49. tit. 1. de appell.
fr. 17. §. 1. (II. b. 314.)
Lib. 49. tit. 5. de appell. recip.
fr. 7. pr. (II. b. 194. 498.)

Pandekten.

Lib. 49. tit. 13. si pend. app. mors interv.
fr. un. pr. (II. b. 76.)
Lib. 49. tit. 14. de jure fisci.
fr. 1. §. 2. (II. a. 322.)
— 9. (II. a. 290.)
Lib. 49. tit. 15. de capt. et de postlim.
fr. 12. §. 5. (II. a. 292.)
— 22. §. 4. (II. a. 290.)
Lib. 50. tit. 4. de munerib. et hon.
fr. 1. §. 4. (II. b. 74.)
Lib. 50. tit. 16. de verbor. sign.
fr. 24. (I. 22.)
— 119. (II. b. 227.)
— 120. (I. 111.)
— 130. (I. 160.)
— 138. (I. 398. II. b. 227.)
— 151. (II. a. 174.)
— 170. (I. 398. II. b. 227.)
— 178. §. 1. (II. b. 227.)
— 195. §. 1. (I. 298.)
— 195. §. 2. (I. 4. 201.)
— 208. (I. 398. II. b. 227.)
Lib. 50. tit. 17. de regul. jur.
fr. 62. (I. 22. 70).
— 77. (II. b. 122. 310. 311. 337.)
— 117. (II. b. 227.)
— 193. (I. 115.)

2. Codex.

Lib. 1. tit. 3. de episcop. et cler.
l. 20. (II. b. 114.)
Lib. 1. tit. 46. de offic. milit. jud.
l. 1. (I. 348.)
Lib. 2. tit. 39. si ut omiss. hered.
l. 2. (II. b. 246.)
Lib. 3. tit. 3. de pedan. judic.
l. 2. (II. b. 61.)
Lib. 3 tit. 13. de jurisdict.
l. 5. (I. 348.)
Lib. 3. tit. 19. ubi in rem act.
l. 3. (II. b. 481.)
Lib. 3. tit. 20. ubi de her. ag.
l. un. (II. b. 480.)
Lib. 3. tit. 28. de inoff. testam.
l. 6. (II. b. 45.)
- 25. (II. b. 71. 229.)
- 32. (II. b. 45.)
Lib. 3. tit. 31. de hered. petit.
l. 3. (II. b. 40. 57.)
- 7. (II. b. 54. 62.)
- 9. (II. b. 59. 62.)
- 10. (II. b. 125.)

Codex.

Lib. 3. tit. 31. de hered. petit.
l. 12. (I. 311. 393. II. b. 190. 288. 340.)
Lib. 4. tit. 26. quod cum eo, qui in al. pot.
l. 9. (II. b. 8.)
Lib. 5. tit. 42. de tut. vel cur. qui sat. non ded.
l. 4. (II. b. 8.)
Lib. 5. tit. 70. de curat. fur.
l. 7. §. 3. (II. b. 119. 128. 265. 317. 341.)
- 7. §. 7. (II. b. 319.)
Lib. 5. tit. 71. de praed. et al. reb. minor.
l. 11. (II. b. 8.)
Lib. 6. tit. 2. de furtis.
l. 18. (II b. 8.)
Lib. 6. tit. 9. qui admitti ad b. p.
l. 1. (II. b. 76.)
- 4. (II. b. 58.)
- 7. (II. b. 75. 119.)
- 8. (II. b. 134. 250. 251. 260.)
- 9. (II. b. 119. 128. 138. 160. 184. 251.)
Lib. 6. tit. 10. quando non petent. part.
l. un. (I. 397.)
Lib. 6. tit. 11. de b. p. sec. tab.
l. 2. (I. 154. 191. 198. II. b. 14. 89. 96. 102.)
Lib. 6. tit. 12. de b. p. cont. tab.
l. 1. (I. 154. II. b. 14.)
l. 2. (II. a. 77.)
Lib. 6. tit. 13. de b. p. c. t. liberti.
l. 1. (I. 193.)
Lib. 6. tit. 14. unde liberi.
l. 1. (II. b. 14. 53.)
- 3. (II. b. 307.)
Lib. 6. tit. 15. unde legit.
l. 1. (II. b. 14.)
- 2. (II. b. 58.)
- 3. (II. b. 74.)
- 4. (II. b. 78. 251.)
- 5. (II. b. 14.)
Lib. 6. tit. 16. de success. ed.
l. 2. (II. a. 300. II. b. 58.)
Lib. 6. tit. 17. de Carb. ed.
l. 1. (II. b. 8. 57.)
Lib. 6. tit. 18. unde vir et ux.
l. un. (II. b. 14. 115.)
Lib. 6. tit. 20. de collationib.
l. 13. (II. b. 57.)

Codex.

Lib. 6. tit. 23. de testam.
l. 3. (II. b. 57.)
- 5. (I. 154.)
- 15. (II. b. 128.)
- 18. (II. b. 284.)
- 19. (II. b. 142. 144. 150. 272. 293.)
- 21. (II. b. 107. 112. 302.)

Lib. 6. tit. 25. de instit. et subst.
l. 4. (II. a. 167.)

Lib. 6. tit. 26. de imp. et al. subst.
l. 3. (II. b. 57.)

Lib. 6. tit. 28. de lib. praeter.
l. 4. (II. a. 40. 42. 88. III. 164. 238. II. b. 24. 79. 268.)

Lib. 6. tit. 29. de post. hered.
l. 1. (II. a. 180.)

Lib. 6. tit. 30. de jure delib.
l. 3. (II. b. 74. 242.)
- 4. (II. b. 124. 334.)
- 5. (II. b. 74. 313.)
- 7. (II. b. 78. 124. 242.)
- 8. (II. b. 57.)
- 12. (II. b. 77. 124. 336.)
- 13. (II. b. 75. 247.)
- 14. (II. b. 60. 75. 251.)
- 17. (II. b. 126. 141. 336.)
- 18. (II. b. 242.)
- 18. pr. (II. b. 315.)
- 18. §. 1. (II. b. 147.)
- 18. §. 2. (II. b. 315.)
- 18. §. 4. (II. b. 315.)
- 19. (II. b. 242. 250. 251. 260. 262. 267.)
- 22. §. 1. (II. b. 243. 260. 267.)
- 22. §. 13. (I. 72.)
- 22. §. 14. (II. b. 461.)

Lib. 6. tit. 33. de ed. div. Hadr. toll.
l. 2. (I. 392.)
- ult. (II. b. 155. 205. 290—297. 475. 480. 488.)

Lib. 6. tit. 36. de codicillis.
l. 8. (I. 193.)

Lib. 6. tit. 37. de legat.
l. 21. (II. b. 128.)

Lib. 6. tit. 49. ad SC. Trebell.
l. 7. pr. (II. b. 319.)

Lib. 6. tit. 55. de suis et legit.
l. 8. (II. b. 75.)

Lib. 6. tit. 56. ad SC. Tertull.
l. 1. (II. b. 247.)
- 3. (II. b. 247.)

Lib. 6. tit. 58. de legitim. her.
l. 1. (II. b. 74.)

Codex.

Lib. 6. tit. 58. de legitim. her.
l. 3. (II. b. 74.)
- 4. (II. b. 74.)
- 8. (II. b. 58. 78.)
- 14. (II. b. 241.)
- 15. (II. b. 241.)

Lib. 6. tit. 59. Comm. de succ.
l. 1. (II. b. 98.)
- 2. (II. b. 78. 99.)
- 3. (II. b. 75.)
- 5. (II. b. 58. 70.)
- 8. (II. b. 58.)
- 9. (II. b. 57.)
- 10. (II. b. 75.)

Lib. 6. tit. 61. de bon. quae lib.
l. 1. (II. b. 140.)
- 6 (II. b. 139. 141.)
- 8. (II. b. 139.)

Lib. 6. tit. 62. de hered. decur.
l. 4. (II. b. 115.)

Lib. 7. tit. 2. de testam. manum.
l. 12. (II. b. 57.)

Lib. 7. tit. 29. de usuc. pro her.
l. 2. (I. 30.)

Lib. 7. tit. 30. Commun. de usuc.
l. 1. (I. 218.)

Lib. 7. tit. 31. de usuc. transform.
l. un. (I. Einl. XI. — II. b. 221.)

Lib. 7. tit. 34. in quib. caus. cess. long. temp. pr.
l. 4. (II. b. 54. 59.)

Lib. 7. tit. 65. quor. appel. non rec.
l. 6. (II. b. 498.)

Lib. 8. tit. 1. de interdict.
l. 2. (II. b. 481.)

Lib. 8. tit. 2. quorum bonorum.
l. 1. (I. 389. II. b. 30. 173. 213. 216. 238. 470. 491.)
— 2. (I. 387. 392. II. b. 75. 173. 182. 238.)
— 3. (I. 395. II. b. 182.)

Lib. 8. tit. 4. unde vi.
l. 8. (II. b. 201.)

Lib. 8. tit. 5. si per vim.
l. 1. (II. b. 201.)

Lib. 8. tit. 6. uti possid.
l. un. (I. 365. II. b. 8.)

Lib. 8. tit. 14. de pignorib.
l. 10. (I. 379.)

Lib. 8. tit. 33. si pign. convent.
l. 1. (I. 379.)

Lib. 8. tit. 47. de patr. potest.
l. 9. (II. b. 8.)

Codex.

Lib. 9. tit. 39. de his, qui latron. l. 2. (I. 348.)
Lib. 10. tit. 10. de bon. vacant. l. 1. (II. b. 115.)
– 4. (II. b. 115.)
Lib. 11. tit. 47. de agricol et cens. l. 14. (II. b. 201.)

29. Novellen.

Nov. 1. cap. 1. §. 4. (II b. 262.)
— 4. c. 2. (I. 379.)
— 18 c. 5. (II. b. 261.)
— 21. (II. b. 264.)
— 22. c. 22. pr. (II. b. 261.)
— 22. c. 22. §. 1. (II. b. 263.)

Novellen

Nov. 22. c. 25. (II. b. 263.)
— 22. c. 26. (II. b. 263.)
— 22. c. 46. (II. b. 262.)
— 53. c. 6 (II. b. 263.)
— 69. (II. b. 451.)
— 89. c. 12. §. 4. (II b. 261.)
— 92. c. 1. (II. b. 262.)
— 117. c. 5. (II b. 263.)
— 118. (I. 118. II. b. 114. 262. 263. 271. 285. 289. 291. 307. 308. 340. 343.)
— 158. (II b. 262.)

Eine Reihe von Novellenstellen über die Bedeutung von κληρονομία u. διαδοχή (II. b. 263.)

III. Nachjustinianeische Quellen.

30. Theophilus Paraphr. ad Inst.

ad I. de Interd. §. 3. (II. b. 238.)

31. Theodorus Hermopol. Brev. Nov.

ad Nov. 66. — Zachariae Anecdot. p. 69. (II. b. 252.)

32. Basilikenscholiasten.

Schol. ad l. 6. Bas. 39. 1. — Heimb. IV. p. 5. (II. a. 93.)
Schol. ad Bas. 39. 1. 1. 6. — Heimb. IV. 8. (II. b. 235.)
— — — 39. 1. 1. 6. — Heimb. IV. 8. Nr. 6. (II. b. 248.)
— — — 39. 1. 1. 6. — Heimb. IV. 8. Nr. 5. u. IV. 9. Nr. 1. (II. b. 249.)
— — — 39. 1. 1. 35. — Heimb. IV. 31. (II. b. 248.)
— — — 39. 1. 1. 50. — Heimb. IV. 36. (II. b. 71.)
— — 40. 1. 1. 2. — Heimb. IV. 50. (II. b. 228.)
— — — 40. 1. 1. 3. — Heimb. IV. 51. Nr. 4 u. 7. (II. b. 250.)
— — — 40. 1. 1 18. — Heimb. IV. 56. (II. b. 253.)
— — — 40. 1. 1. 24. — Heimb. IV. 58. Nr. 2. (II. b. 250.)
— — — 40. 3. 1. 1. — Heimb. IV. 60. (II. b. 254.)
— — — 40. 5. 1. 3. — Heimb. IV. 77. Nr. 17. (II. b. 247.)

Basilikenscholiasten.

Schol. ad Bas 40. 7. 1. 3. — Heimb. IV. 86. Nr. 2. (II. b. 113.)
— — — 40. 9. 1. 3. — Heimb. IV. 88 (II. b. 252. 255.)
— — — 41. 4. — Heimb. IV. 150. Nr. 9. (II. b. 253.)
— — — 41. 7. 1. 1. — Heimb. IV. 163. Nr. 2. (II. b. 254.)
— — — 42. 1. — Heimb. IV. 184. (II. b. 235.)
— — — 42. 1. 1. 3. — Heimb. IV. 185. (II. b. 246.)
— — — 42. 1. 1. 11. — Heimb. IV. 193. (II. b. 228.)
— — — 42. 1. 1. 11. — Heimb. IV. 193. (II. b. 234.)
— — — 42. 1. 1. 20. — Heimb. IV. 209. (II. b. 225.)
— — — 42. 1. 1. 20. — Heimb. IV. 210. (II. b. 228. 234.)
— — — 42. 1. 1. 25. — Heimb. IV. 217. (II. b. 232.)
— — — 42. 1. 1. 50. — Heimb. IV. 233. (II. b. 228.)
— — — 42. 2. 1. 11. — Heimb. IV. 250. (II. b. 235.)
— — — 42. 2. 1. 14. — Heimb. IV. 251. (II. b. 235.)
— — — 42. 3. 1. 2. — Heimb. IV. 252. (II. b. 228.)
— — — 45. 1. 1. 3. — Heimb. IV. 471. (II. b. 113.)

Basilikenscholiasten.

Schol. ad Bas. 45. 1. l. 5. u. 6. — Heimb. IV. 471. 472. (II. b. 254.)
— — — 45. 1. l. 9. — Heimb. IV. 474. (II. b. 253.)
— — — 45. 1. l. 11. — Heimb. IV. 475. (II. b. 254.)
— — — 45. 1. l. 14. — Heimb. IV. 475. (II. b. 228.)
— — — 45. 1. l. 14. — Heimb. IV. 478. (II. b. 245.)
— — — 45. 1. l. 24. — Heimb. IV. 484. (II. b. 245.)
— — — 45. 1. l. 28. — Heimb. IV. 489. (II. b. 253.)
— — 45. 1. l. 41. — Heimb. IV. 497. Nr. 1. u. 2. (II. b. 247.)
— — — 45. 1. l. 44. — Heimb. IV. 502. (II. b. 253.)
— — — 45. 2. l. 1. — Heimb. IV. 503. (II. b. 247.)
— — — 45. 2. l. 8. — Heimb. IV. 507. (II b. 245.)
— — — 45. 2. l. 25. — Heimb. IV. 513. Nr. 11. (II. b. 246.)
— — — 45. 2. l. 25. — Heimb. IV. 513. Nr. 14. (II. b. 245.)
— — — 45. 2. l. 25. — Heimb. IV. 514. (II. b. 246.)
— — — 45. 2. l. 29. — Heimb. IV. 516. (II. b. 246.)
— — — 45. 2. l. 32. — Heimb. IV. 518. Nr. 5. (II. b. 247.)
— — — 45. 5. l. 1. — Heimb. IV. 543. Nr. 1. (II. b. 252.)

33. Basiliken.

Tit. Bas. 40. 9. (II. b. 256.)
— — 42. 1. (II. b. 256.)
— — 42. 4. 1, 2. (II. b. 256.)
— — 45. 2. (II. b. 256.)

Basiliken.

Tit. Bas. 45. 2. l. 28. (II. b. 256.)
— — 45. 5. (II. b. 257.)

34. Spätere Griech. Jurist.

Schol. ad Bas. 40. l. l. 3. — Heimb. IV. 51. Nr. 6. (II. b. 256.)
Harmenopulus. I. 3. de bon. p. (II. b. 257.)

35. Corpus juris Canonici.

Lib. III. tit. 26. X. de testam.
c. 3.
c. 5.
c. 6.
c. 12.
c. 18.
} (II. b. 387.)
Lib. III. tit. 27. X. de succ. ab int.
c. 1. (II. b. 387.)
Lib. IV. tit. 17. X. qui fil. sint leg.
c. 1.
c. 2.
c. 3.
c. 5.
c. 6.
c. 8.
c. 9.
c. 10.
} (II. b. 387.)

36. Libri Feudorum

II. Feud. 26 pr. — §. 2. (II. b. 487.)

37. Italienische Statuten.

(II. b. 380. ff. II. b. 384.)

38. Deutsche Stadt- und Landrechte.

(II. b. 433—447.)

39. Literatur des Abendlandes.

(II. b. 372. 373. — 388. 389. — 403. 404. — 468. 469.)

Zuſätze und Verbeſſerungen.

Zu Band I.

S. 6. Note 8. ſ. auch noch fr. 1. rerum amotar.
S. 36. Z. 3. v. oben für possessore lies possessore.
S. 40. Z. 6. v. unten das Wort: „auch“ zu ſtreichen.
S. 41. Note 1. ſ. noch fr. 27. pr. de religiosis.
S. 70. Note 3. ſtatt fr. 14. §. 16. lies fr. 14. §. 17.
S. 71. Zeile 3. v. unten ſtatt „ein jedes“ lies „eine jede“.
S. 74. So wird auch in fr. 47. de furtis der b. possessor zu den domini gerechnet.
S. 86. Z. 2. v. unten ſtatt „nur“ lies „nun.“
S. 105. Z. 22. v. oben ſtatt „dem“ lies „den.“
S. 110. Z. 16. v. oben ſtatt „berief“ lies „beriefen.“
S. 110. Z. 24. v. oben ſtatt „im“ lies „in.“
S. 112. Note 9. fr. 9. de castr. pec. „nec est novum, ut ex postfacto aliquis successorem habuisse videatur.“
S. 116. Z. 3. v. oben ſ. noch fr. 9. §. 2 de lib. et post.
S. 118. Note 2. Z. 1. ſtatt „Ulpian“ lies „Paulus.“
S. 119. Z. 10 und 14. v. oben ſtatt „Note 13.“ lies „Note 14.“
S. 130. Z. 13. v. unten ſtatt „welche“ lies „welches.“
S. 136. Z. 21. v. oben ſtatt „Civilrecht“ lies „Civilerbrecht.“
S. 138. Z. 7. v. unten ſtatt „denn“ lies „dann.“
S. 150. Z. 7 und 8. v. oben ſ. noch fr. 9. §. 5. de her. inst. „nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est.“
S. 155. Z. 8. v. oben vor „damit“ ſetze „er.“
S. 159. Note 3. ſ. noch Cicero de harusp. resp. 7. „aeque privato jure, atque optima lege.“ Festus v. optima lex „optima lege, utpote imminuto jure.“
S. 166. Z. 8. v. unten ſtatt 12 lies 13.
S. 166. Z. 4. v. unten „ſich“ iſt zu ſtreichen.
S. 180. Z. 9. v. oben ſtatt „nichts“ lies „nicht.“
S. 185. Note 4. ſ. noch Paul. recept. sent. V. 9. §. 1.
S. 191. Z. 17. v. unten ſtatt „l. 26“ lies „l. 2. C.“
S. 194. — Dafür ſpricht auch die Titelüberſchrift der Digeſten: de bon. possessionibus sec. tab., welche wohl aus dem Edicte unverändert entlehnt iſt. Der Pluralis deutet auf eine Mehrheit von bon. possessiones, welche aus Teſtamenten (tabulae im weitern Sinne) gegeben werden.
S. 200. S. 6. v. unten ſtatt „da“ lies „daß.“

S. 203. Z. 18. v. oben statt „§. 20“ lies „§. 21.“
S. 209. Z. 22. v. oben vor „agnatos“ setze „ad.“
S. 227. Note 3. Z. 3. statt „fr. 42. §. 1“ lies „fr. 42. §. 2.“
S. 231. Z. 9. v. unten statt „des“ lies „das.“
S. 232. Note 10. s. noch fr. 61. de administr. et peric. tutor.
S. 235. Note 13. Z. 2. statt „fr. 2. §. 7“ lies „fr. 3. §. 7.“
S. 239. Z. 6. v. unten „nicht“ zu streichen.
S. 250. Z. 17. v. unten statt „Note 8“ lies „Note 10.“
S. 262. Z. 6—9. s. fr. 52. de acquir. rer. dom.
S. 267. Note 10. s. noch fr. 1. pr. de fundo dotal.
S. 290. Z. 2. v. oben statt „käme“ lies „kam.“
S. 302. Z. 2. v. unten hinter „fr.“ setze „2.“
S. 318. Note 5. s. noch fr. 7. §. 5. de except. rei jud.
S. 332. s. noch besonders fr. 8. §. 5. fr. 9. de religios. Paul. rec. sent. V. 6. §. 14.
S. 335. Note 2. s. z. B. fr. 1. pr. de tab. exhib.
S. 337. Z. 5. v. oben statt „die“ lies „den.“
S. 374. — Rudorff (Zeitschr. für geschichtl. R. W. Bd. 13. S. 240.) nimmt mit mir an, daß in fr. 2. §. 2. de Int. „ut“ durch „damit“ zu übersetzen sei, meint aber ich verfehlte den Sinn, indem ich übersähe, daß Paulus in diesem §. 2. unter den Interdicta, quae ad rem familiarem pertinent die Interdicte wegen der Familienverhältnisse verstände. Es ist aber schon von vorn herein unwahrscheinlich, daß Paulus, der eben vorher im §. 1. mit jenem Ausdrucke ganz andere Interdicte bezeichnete, ihn im §. 2. in einem anderen Sinne gebrauchen könnte. Geradezu unmöglich indeß scheint mir Rudorffs Erklärung dadurch zu werden, daß Paulus im §. 3. mit den Worten fortfährt: haec autem interdicta, quae ad rem fam. spectant, also er bezieht sich auf dieselben Interdicte, von denen er eben vorher im §. 2. gesprochen hatte, und spricht nun entschieden, wie der weitere Verlauf des §. 3. zeigt, von den Interdicten wegen des Privatvermögens. Es muß also wohl bei der von mir gegebenen Erklärung verbleiben.
S. 385. Z. 5. v. oben vor „beiden“ setze „bei.“

Zu Band II. Abtheilung 1.

S. 3. Z. 9. v. unten statt „werde“ lies „würde.“
S. 5. Z. 5. v. unten — „denselben“ lies „demselben.“
S. 8. Z. 15. v. oben — „namentlich“ lies „nämlich.“
S. 17. Z. 3. v. unten — „§. 2.“ lies „§. 3.“
S. 18. Z. 14. v. unten — „fr. 1. 5—8“ lies „fr. 1. §. 5—8.“
S. 20. Z. 2. v. unten — „oportet“ lies „oporteret.“
S. 20. Z. 1. v. unten — „cum“ lies „eum“
S. 55. Z. 20. v. unten — „frühern“ lies „früher.“
S. 55. Z. 12. v. unten — „entschiedene“ lies „entscheidende.“
S. 64. Z. 14. v. oben — „darnach“ lies „danach.“
S. 89. Z. 5. v. oben — „Accrescenzerbenrechtes“ lies „Accrescenzerbrechtes.“
S. 107. Z. 9. v. unten — „aufzustellen“ lies „anzustellen.“
S. 111. Z. 11. v. oben — „iniquitatas“ lies „iniquitates.“
S. 112. Z. 2. v. oben — „similitas“ lies „similiter.“
S. 112. Z. 7. v. unten — „aus“ lies „aus den.“
S. 115. Z. 7. v. unten — „dann“ lies „denn.“

S. 117. Z. 2. v. oben statt „ihn“ lies „ihm.“
S. 149. Z. 13. v. unten streiche „ihm.“
S. 170. Z. 12. v. oben statt „est;“ lies „est,“
S. 171. Z. 14. v. unten — „erheredirt“ lies „exheredirt.“
S. 184. Z. 3. v. oben — „vor“ lies „von“.
S. 191. Z. 3. v. unten — „nur“ lies „nun.“
S. 197. Z. 7. v. oben — „mußte“ lies „müßte.“
S. 204. Z. 11. v. oben — hinter emancipato setze exheredato.
S. 246. Z. 18. v. unten — „nur“ lies „nun.“
S. 254. Z. 12. v. oben — „§. 157.“ lies „§. 151.“
S. 265. Z. 8. v. oben — „nehmen“ lies „nehme.“
S. 288. Z. 21. v. oben — „dies“ lies „das.“
S. 307. Z. 11. v. unten — „propositio“ lies „proposito.“
S. 323. Z. 19. v. oben — „menumittat“ lies „manumittat.“
S. 325. Z. 5. v. unten — „eintritt“ lies „eintrat.“

Zu Band II. Abtheilung 2.

S. 13. Z. 4. v. unten statt „edciti“ lies „edicti.“
S. 29. Z. 19. v. oben — „wahren“ lies „mehren.“
S. 40. Z. 18. v. unten — „fr. 8. fr.“ lies „fr. 8. pr.“
S. 42. Z. 4. v. oben streiche „an.“
S. 55. Z. 5. v. unten statt „ja“ lies „je.“
S. 65. Z. 11. v. unten — „Außerordentliche“ lies „Aeußerliche.“
S. 75. Z. 6. v. oben — „es“ lies „est.“
S. 82. Z. 6. v. oben — „ausgeschlossen“ lies „ausgelassen.“
S. 103. Z. 16. v. unten — „nun“ lies „nur.“
S. 104. Z. 17. v. oben — „Abſicht“ lies „Anſicht.“
S. 104. Z. 22. v. oben — „ſich ſich“ lies „ſie ſich.“
S. 116. Z. 5. v. unten — „heredias“ lies „hereditas.“
S. 127. Z. 13. v. oben — „partionis“ lies „portionis.“
S. 131. Z. 13. v. oben — „observantium“ lies „observantiam.“
S. 140. Z. 18. v. oben — „ebeno“ lies „ebenſo.“
S. 150. Z. 4. v. unten — „477.“ lies „pag. 477.“
S. 152. Z. 7. v. oben — „der“ lies „er.“
S. 159. Z. 14. v. unten — „nur“ lies „nun“
S. 181. Z. 2. v. oben — „beſcheinigte“ lies „beſcheinigt.“
S. 195. Z. 7. v. oben — „beziehenden“ lies „ziehenden.“
S. 200. Z. 14. v. oben — „nur“ lies „nun.“
S. 235. Z. 8. v. unten — „πολιτικὴ“ lies „πολιτικὴ.“
S. 251. Z. 4. v. oben — „formloſere“ lies „formloſeren.“
S. 256. Z. 14. v. oben — „verlangten“ lies „erlangten.“
S. 276. Z. 8. v. oben — „confirnandi“ lies „confirmandi.“
S. 287. Z. 21. v. unten — „ſeinem“ lies „einem.“
S. 294. Z. 1. v. oben — „kamen“ lies „kam.“
S. 308. Z. 9. v. oben — „possessio“ lies „successio.“
S. 317. Z. 14. v. unten — „l. 6.“ lies „l. 7.“
S. 318. Z. 4. v. unten — „l. 8.“ lies „l. 7.“
S. 319. Z. 4. v. unten — „denn“ lies „dann.“
S. 337. Z. 4. v. unten — „von“ lies „vor.“
S. 358. Z. 7. v. oben — „natürlichen“ lies „väterlichen.“
S. 392. Z. 20. v. oben — „der“ lies „die.“
S. 409. Z. 15. v. unten — „brauchte“ lies „brachte.“
S. 421. Z. 17. v. oben — „Dies“ lies „Das.“

S. 421. Z. 12. v. unten statt „congugalem“ lies „conjugalem.“
S. 422. Z. 18. v. unten — „sei“ lies „seien.“
S. 460. Z. 8. v. oben — „Stelle“ lies „Rolle.“
S. 489. Z. 21. v. oben — „hieraus“ lies „hiefür.“
S. 498. Z. 5. v. unten — „uns“ lies „aus.“

Druck von E. A. Huth in Göttingen.

Österreichische Nationalbibliothek
+Z160307309

Druck von E. A. Huth in Göttingen.

Österreichische Nationalbibliothek
+Z160307309

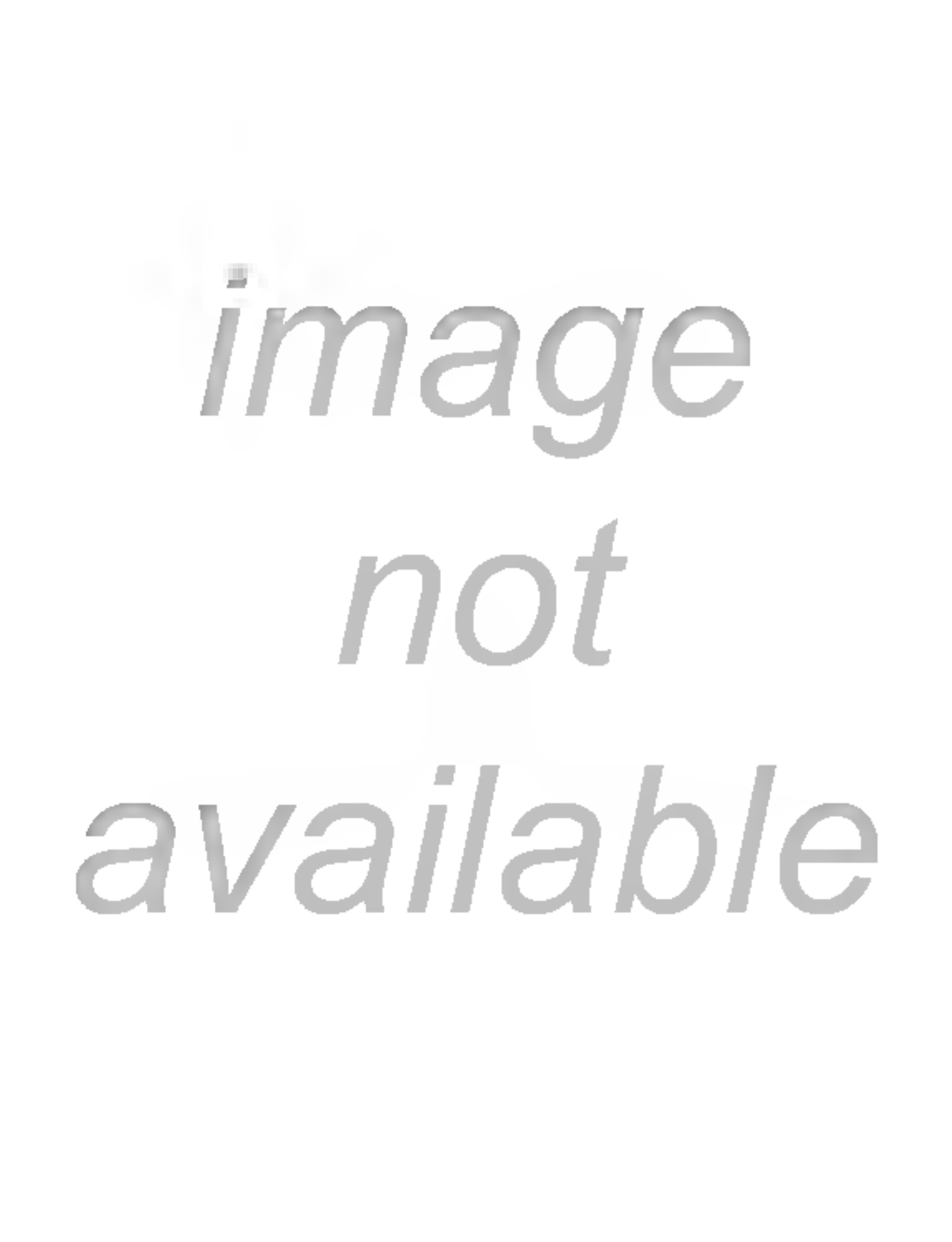
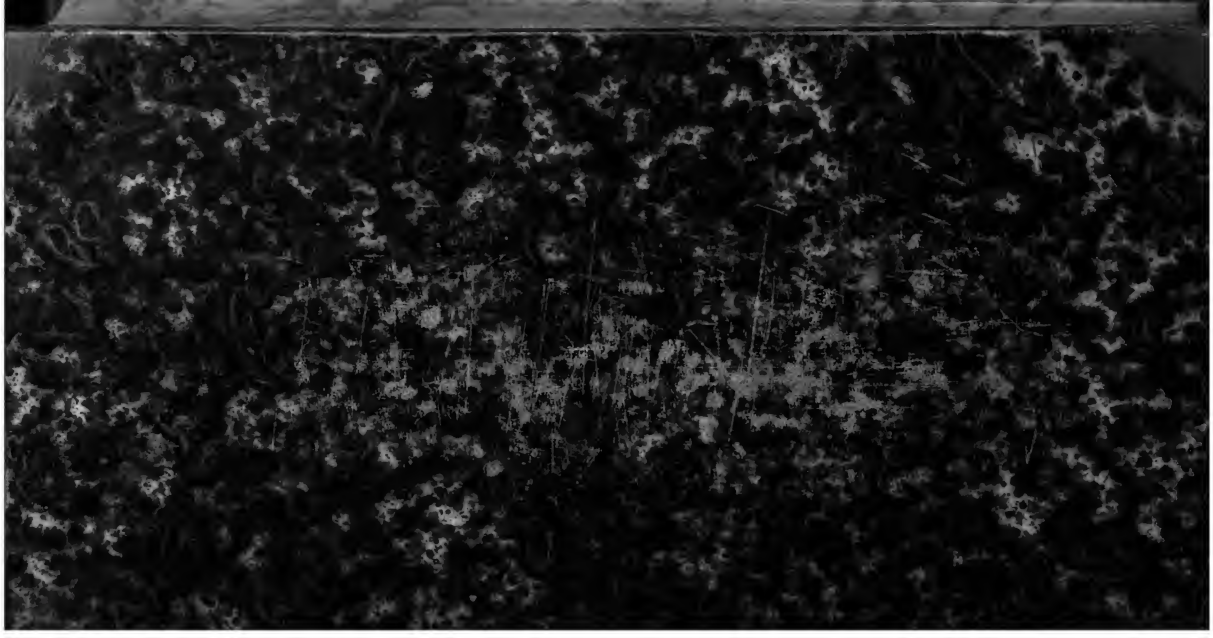


image
not
available

WIEN
GEBUNDEN BEI
F. KRAUSS
BÜRGERSPITAL